

Die Probleme des § 817 BGB
in der Rechtsprechung

von

OTTO ZIERER

1961

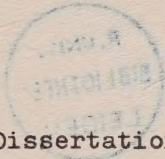


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555208_0103

T h e m a

"Die Probleme des § 817 BGB in der Rechtsprechung"



Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians- Universität
zu München

vorgelegt von
Otto Zierer
1961



Referent: Universitätsprofessor
 Dr. W.Kunkel

Correferent: Universitätsprofessor
 Dr. K.Larenz

Tag der mündlichen Prüfung: 27.Juli 1961
 (Schlußberatung)

Zur Themastellung:

Vorliegende Abhandlung befaßt sich mit dem § 817 BGB, einer in Rechtsprechung und Lehre viel diskutierten und teilweise heftig umstrittenen Vorschrift.

Der Wortlaut dieser Bestimmung ist folgender:

"War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden."

In der Praxis der deutschen Gerichte zeigte sich bald, daß diese gesetzliche Regelung nicht allzu glücklich war. Zu viele Probleme blieben in Fällen einseitigen oder beiderseitigen Gesetzes- oder Sittenverstoßes ungelöst, da ein strenges Vorgehen nach dem Wortlaut des Gesetzes oft unbefriedigende und ungerechte Ergebnisse mit sich brachte. Auch hatte der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Vorschrift anscheinend an gewisse Situationen überhaupt nicht gedacht. Die Rechtsprechung hat nun auf den verschiedensten Wegen versucht, die Probleme des § 817 so zu lösen, daß einerseits für die Praxis erträgliche Ergebnisse erzielt wurden, andererseits aber auch dem Gesetzeszweck Genüge getan wurde. Dieser Zwiespalt der Überlegungen stellte die Hauptschwierigkeit dar.

Es soll nicht Aufgabe dieser Darstellung sein, sämtliche Entscheidungen oberster und mittlerer Gerichte aufzuzeigen, die in diesem Zusammenhang ergangen sind; es sollen vielmehr die Hauptprobleme dieser Vorschrift aufgezeigt, die verschiedenen, im Laufe der Jahre öfters gewandelten, mehr oder weniger befriedigenden Lösungen der Rechtsprechung geschildert und eine Auseinandersetzung mit diesen Entscheidungen gebracht werden. Dies könnte vielleicht dann dazu beitragen, wegweisend für eine neue gesetzliche Regelung zu sein und eine befriedigende Lösung der Probleme des § 817 BGB näher zu bringen!

Die Probleme des § 817 BGB in der Rechtsprechung

Inhaltsübersicht

- I. Rechtspolitische Bedeutung und Anwendungsbereich des § 817 S.2
 - 1.) § 817 S.1
 - a. Begriff der "guten Sitten" in § 138 I und § 817 S.1
 - b. Die Folge eines Verstoßes gegen die guten Sitten
 - c. Begriff der Leistung in § 817 S.1
 - d. Selbständige Bedeutung des § 817 S.1?
 - 2.) Das rechtspolitische Motiv des § 817 S.2
 - a. Romanistische Grundlage des § 817
 - b. Motive, Protokolle
 - 3.) Seine Rechtsfolge: Kein Anspruch, nicht klagbarer Anspruch, Einrede?
 - 4.) Anwendbarkeit gegenüber einem Anspruch aus § 812
 - a. gegenüber § 814
 - 5.) Anwendbarkeit außerhalb des Bereicherungsrechts?
- II. Die Problematik des § 817 S.2
 - A. Typische Fälle, in denen die Problematik des § 817,2 hervortritt:
 - 1.) Bordellkauf
 - 2.) Das wucherische Darlehen
 - 3.) Schwarzkäufe und Käufe, die gegen Preisbeschränkungen verstoßen
 - a. Schwarzmarktgeschäfte
 - b. Preisverstöße bei unbeweglichen Sachen
 - c. Preisverstöße bei beweglichen Sachen
 - B. Lösungsversuche der Rechtsprechung
 - 1.) Einschränkende Auslegung des "Leistungsbegriffs" in § 817,2
 - a. die Auslegung des Verbindlichkeitsbegriffs
 - 2.) Subjektive Voraussetzungen für die Anwendung des § 817,2
 - a. wenn der Verstoß nicht bei dem Rückfordernden lag!

3.) Einrede der unzulässigen Rechtsausübung

C. Kritische Zusammenfassung

Ursachen der Problematik.

Dogmatische und rechtspolitische Berechtigung der Lösungsversuche.

Vorschlag (Neufassung oder Abschaffung des § 817).

Entscheidungen und Schrifttum:

Entscheidungen des Reichsgerichts:

RGZ 2,337; 48,139; 56,231; 57,95; 63,183; 63,354; 67,321;
68,103; 70,4; 71,434; 71,317; 72,46; 73,144; 75,70;
78,295; 83,112; 85,293; 88,251; 89,65; 89,198; 90,400;
93,29; 95,347; 96,345; 97,84; 97,255; 99,165; 100,250;
101,308; 105,272; 105,67; 111,153; 120,144; 129,307;
132,41; 138,240; 145,152; 150,1; 151,70; 161,53;
165,385; 166,89; 168,91;

ferner: RG in Gruch.Beitr. 67,174

RG Seuff A 77 no 137,2.212

RG in JW 1904, S.38 no 5; 15,918; 19,715; 21,461;
25,1392; 35,279;

Entscheidungen des Kammergerichts:

KG in JW 36,2532;

HEZ 1,98 (wie in JW 38,2144 und DR 1940,869)

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs:

BGH in NJW 51,643; 53,744; BGH in L 41 zu § 313 BGB Nr.13;
Bd.9 S.333; Bd.19,205 (= NJW 56,177); Bd.19 S.338;
in DRspr. I 144,22 = BB 1953,247; Urt. vom 4.2.55,
V ZR 99/53;

Entscheidungen des OGH Br.Zone:

OGH 4,57 und NJW 50,691;

OGH Köln in DRspr. I 144 Bl.30 und in MDR 48,394;
in DNotZ 50,429;

Entscheidungen der Oberlandesgerichte:

OLG 39,183; OLG Braunschweig 18,48; OLG Hamburg in NJW 48,625;
OLG Jena in JW 28,195; OLG Karlsruhe in 51,444; OLG Kiel
LZ 20,255; OLG Frankfurt in NJW 47/48,144; HEZ 2,96 u. 179;
und in DRspr.I 125,11; OLG Halle in DRspr. I 113,41c;
OLG Celle in Nds.Rpfl.49,56;

Entscheidungen der Landgerichte:

LG Göttingen in Nds.Rpfl.48,130 und 51,86; ebenso in MDR
51,161; LG Tübingen in DRZ 50,567; LG Kaiserslautern in
NJW 55,1034; LG Lüneburg in Ham.Rpfl.47,49; LG Münster in

MDR 49,680; LG Düsseldorf, Urteil vom 8.5.1952;

Kommentare, Lehrbücher:

Ermann (1958), RGR Komm., 9.Aufl., Staudinger (10.Aufl.), Palandt (7.,9.,17.Aufl.), Planck (4.Aufl.), - Kommentare zum BGB; Jaeger, Komm. zur KO (6.u.7.Aufl.); Enneccerus-Lehmann, SchuldR(14), Esser (1949 u. 1960, 2.Aufl.), Heck (1929), Larenz II, 3.Aufl., Leonhard (1929/31) - Lehrbücher des SchuldR; ferner die Motive und Protokolle zum BGB;

Zeitschriften:

Deutsche Rechtszeitschrift (DRZ), Jur.Wochenschrift (JW), Niedersächs. Rechtspfleger (Nds.Rpfl.), Neue Jur.Wochenschrift (NJW), Deutsche Juristenzeitung (DJZ), Deutsches Recht (DR), Deutsche Notarzeitschrift (DNotZ), Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), Juristenzeitung (JZ), Hamburg.Rechtspfleger (Ham.Rpfl.); Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ);

Verfasser:

Bastian in JR 50,17: "Die Rückforderung von verbotswidrigen Leistungen"

Becker in NJW 52,53: "Die ausdehnende Anwendung des 817,2"

Bernstein, Fußnote zu JW 21,461

Boehmer, Grundlagen der bürgerl.Rechtsordnung, Tübingen 1950/52

Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940

Brandt in MDR 48,165,171: "Die zivilrechtlichen Wirkungen von Schwarzmarktgeschäften"

v.Caemmerer in SJZ 50,646 und MDR 51,161 (Anm. zu den Urteilen OGH vom 10.2.50 und LG Gött. 6.11.50)

Förster, Das Recht 1905 S.356: "Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb"

Friemann in DR 42,1075,1079: "Die VO über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen bei Preisverstößen im Grundstücksverkehr v. 7.Juli 42."

Kohler in Arch. f. bürgerl.Recht 5,196: "Die Ideale im Recht"

Lesser in JW 19,91: "Rechtsstellung von Sachen, die unter Verletzung der Kriegswirtschaftsvorschriften besessen werden."

Lehmann in DJZ 1921,94: "Der 99.Band der Entscheidungen des RG in Zivilsachen" zu RG 99,166

Schneider in JW 16,181 (Anm. zu einem RG-Urteil vom 30.Okt.15)
Paetow in NJW 48,296: "Zur Anwendung des 817 S.2 bei Ver-
stößen gegen die Preisvorschriften"
Pritsch in DJ 42,463: "Preisüberwachung und Rechtsfolgen
von Preisverstößen im Grundstücksverkehr"
Ulmer in BB 49,543 (Anm. zum Urteil des OLG Dresden v.13.1.48)

ausländische Autoren:

Benjamin-Kennedy, "A treatise on the law of sale of personal
property", London 1931, 7.Aufl.
Saiget, "Le contrat immoral", Paris 1939

Über das römische Recht:

Jörs-Kunkel-Wenger, "Römisches Recht", 3.Aufl.
Fritz Schwarz, "Die Grundlage der Condictio im klassischen
Römischen Recht", 1952
Max Kaser, "Das römische Privatrecht I", München 1955

I. Rechtspolitische Bedeutung und Anwendungsbereich des
§ 817 S.2:

1.) Die Vorschrift des 817 S.1:

Der Empfänger einer Leistung, die gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nach § 817 S.1 zur Herausgabe des Empfangenen verpflichtet. Es stellt dies eine Sonderregelung des in § 812 BGB niedergelegten allgemeinen Bereicherungsanspruchs und einen in seinen Voraussetzungen selbständig geregelten Bereicherungstatbestand dar.

a. Begriff der "guten Sitten" in § 138 I und in § 817 S.1

Die für § 138 I entscheidenden Faktoren zur Begründung der Sittenwidrigkeit hat das RG bereits in Bd.56 S.231 herausgearbeitet. Hiernach versagt die genannte Vorschrift solchen Rechtsgeschäften die Anerkennung, die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter nach objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen. Diese Formulierung taucht auch in späteren Entscheidungen, die zu dieser Frage ergangen sind, häufig auf.¹⁾

Als bedeutendstes Urteil, das das RG in diesem Zusammenhang gefällt hat, sei das im 150.Bd. S.1ff hervorgehoben. Hiernach ist ein Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung in auffälligem Mißverhältnis zueinander stehen, das aber im übrigen die Merkmale des Wuchers (§ 138 II) nicht trägt, nach § 138 I nichtig, wenn zu dem erwähnten Mißverhältnis auch noch eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile genießenden Partners hinzukommt, daß dieses Rechtsgeschäft "nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt".

Das vom RG hier gebrauchte Schlagwort "gesundes Volksempfinden" entstammt dem Sprachschatz des National-

1) RGZ 83,112; 90,400; 93,29; JW 35,279; RG 97,255; 120,144; 136,240

sozialismus. Es ist auch insofern nicht zutreffend, als es u.U. auch auf die sittlichen Anschauungen eines bestimmten Standes oder Berufes ankommen kann. In jedem Fall aber ist nicht das sittliche Empfinden der Vertragsparteien, sondern dasjenige der Rechtsgemeinschaft¹⁾ oder auch bestimmter sozialer oder beruflicher Gruppen innerhalb der Rechtsgemeinschaft maßgebend. Bevor nun der von der Rechtsprechung entwickelte Begriff der Sittenwidrigkeit bei § 817 S.1 erläutert wird, ist bezüglich der bereits zur Formel erstarrten Art der Begründung der Sittenwidrigkeit bei § 138 I Kritik am Platze: Wenn das RG von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts spricht, so scheint hier entweder der "Zweck" oder der "Inhalt" als überflüssig; denn wenn ein Geschäft aus der Zusammenfassung von Motiv und Zweck (das ist doch das objektivierte, zielgerichtete Motiv) als sittenwidrig erscheint, so ist es wohl auch seinem Inhalt nach verwerflich. Das gleiche gilt in der Umkehrung: ist ein Geschäft sittenwidrig motiviert und auch seinem objektivierten, nach außen konkret in Erscheinung tretenden Inhalt nach sittenwidrig, dann ergibt sich hieraus ganz von selbst schon die verwerfliche Zweckgebundenheit. Man kann also ein Geschäft dann als sittenwidrig betrachten, wenn es in seiner Zusammenfassung aus Motiv und Zweck oder Motiv und Inhalt objektiv und subjektiv verwerflich erscheint. Im Unterschied zum Begriff der Sittenwidrigkeit bei § 138 I wird nun bei § 817 S.1, um die Voraussetzung der Rückforderung nach dieser Bestimmung zu begründen, auf die subjektive Seite mehr Gewicht gelegt. Zur subjektiven Seite bei § 138 I und bei § 817 S.1 führt das KG in einem Urteil vom 12.5.36²⁾ aus: "Nach ständiger Rechtsprechung des RG ist zur Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nicht erforderlich, daß die Handelnden sich der Sittenwidrigkeit ihres Tuns bewußt sind, sondern es genügt, daß sie sich der Tatumstände bewußt sind, die

1) so Ulmer, BB 49,543; vgl. auch RGZ 48,124 und 83,114; Palandt zu § 138,1

2) JW 36,2532

ihren Handlungen den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken. Dagegen genügt es bei der Anwendung des § 817 BGB im Gegensatz zu § 138 BGB nicht, wenn sich der Empfänger der Tatumstände bewußt war, die seine Handlungsweise objektiv zu einer unsittlichen machten, sondern er muß das Bewußtsein gehabt haben, unsittlich zu handeln."

b. Die Folge eines Verstoßes gegen die guten Sitten:

Diese Frage interessiert besonders deswegen, weil im Falle der Nichtigkeit beider Geschäfte (also des Kausal- und des Vollzugsgeschäfts) eine Vindikationsklage näher liegt als eine Kondiktionsklage.

In der Regel wird durch die Sittenwidrigkeit nach § 138 I nur die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts angegriffen. Diese Ansicht vertritt auch das RG in RGZ 63,185 mit dem Hinweis darauf, daß die Nichtigkeit des Vollzugsgeschäfts "unvereinbar mit dem § 817 S.1 BGB" wäre. Wenn auch das Erfüllungsgeschäft nach § 138 I nichtig wäre, so meint das RG, könne keine Rede davon sein, daß aus der Leistung zu unsittlichem Zweck nur eine Rückforderung (Kondiktion) stattfände.

"Die Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts müßte zur Folge haben, daß eine Vermögensverschiebung überhaupt nicht eingetreten, das Eigentum mit der Vindikationsklage zurückgefordert werden müßte. Dies ist aber ersichtlich nicht der Standpunkt des BGB (insbes. des § 817). Denn wenn dort darüber Bestimmung getroffen wird, wann Rückforderung zulässig und wann sie ausgeschlossen sein soll, so ist damit anerkannt, daß die Vermögensverschiebung stattgefunden hat; das abstrakte Erfüllungsgeschäft kann also nicht nichtig gewesen sein, sonst hätte es die Wirkung, eine Vermögensverschiebung (Eigentumsübertragung) herbeizuführen, nicht haben können."¹⁾

Gegen diese von der h.M. vertretene Ansicht spricht nicht, daß es gewisse Einzelfälle geben kann, bei denen durch § 138 I auch das Erfüllungsgeschäft vernichtet wird.²⁾ Hierauf näher einzugehen würde aber vom Thema zu weit abführen.

1) ebenso RGZ 75,70

2) sog. "Geschäftseinheitstheorie" vgl. RGR-Komm. §139 A2, Abs.3

c. Begriff der Leistung in § 817 S.1:

Der Leistungsbegriff des § 817 Satz 1 ist ein weiterer, als der des Satz 2, dessen schrittweise begriffliche Einschränkung durch die Rspr. im Laufe der Zeit notwendig wurde, wie noch dargelegt werden wird.¹⁾ Der Begriff der "Leistung" in § 817 Satz 1 verträgt eine großzügigere Auslegung, da sich § 817 S.1 als konkretisierter Bereicherungsanspruch der allgemeinen Kondiktionsregelung des § 812 an den Auslegungsmodus dieser Vorschrift anlehnt²⁾ und weil eine einschränkende Auslegung nur bei Satz 2 wegen des strengen Ausschlusses der Rückforderung bei gleichzeitigem Verstoß des Leistenden notwendig war.³⁾

Zu beachten ist, daß § 817, S.1 im Gegensatz zu § 812 nur für "Leistungen" gilt, also für jede Zuwendung, die eine Vermögensverschiebung bewirkt, nicht dagegen für das "in sonstiger Weise" Erlangte⁴⁾; hierüber kann schon deswegen kein Zweifel bestehen, weil sich das Gesetz diesbezüglich klar ausgedrückt hat und für eine erweiterte Auslegung in dieser Richtung kein Raum ist.⁵⁾

d. Selbständige Bedeutung des § 817 S.1?

Worin nun § 817 S.1 seine selbständige praktische Bedeutung haben soll, ist prima facie nicht zu erkennen. Verstößt nämlich eine Leistung gegen das Gesetz (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) und hat dies die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts zur Folge, wegen seiner abstrakten Natur dagegen nicht die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts, dann ist diese Leistung ja schon nach § 812 kondizierbar, ohne daß es des Satzes 1 des § 817 bedarf;⁶⁾ sind beide Geschäfte, also das kausale und abstrakte, nichtig, dann steht der Weg über die Vindikationsklage (§ 985) offen.

1) Vgl. unter II B1

2) Vgl. Palandt 817,20

3) Vgl. zum Leistungsbegriff des Satz 2 unter II B1

4) Palandt, 812 A3

5) RG JW 25,1392

6) RGZ 111,153

Die Beispiele von Enneccerus-Lehmann¹⁾, die Fälle bringen, in denen nur der Tatbestand des § 817 verwirklicht sein soll, vermögen nicht zu überzeugen. So soll nur § 817,1 zutreffen, wenn ein Beamter eine Bestechung annimmt für die Vornahme einer an sich erlaubten Amtshandlung (wohl bei Enneccerus-Lehmann verdruckt: unerlaubten Handlung!), weil der Vertragsschluß nur für einen Teil verboten war. Sowohl der Bestechende als auch der die Bestechung annehmende Beamte handelt hier nämlich sittenwidrig (§ 138 I BGB): ihre Motive verstoßen beiderseits gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, da das Geschenk überreicht bzw. angenommen wird, um eine an sich erlaubte, aber im konkreten Fall dem Bestechenden nicht oder noch nicht zustehende Amtshandlung zu bewirken, worin ein Verstoß gegen §§ 331 und 332 StGB liegt. Ebenso verstößt dieses "Geschäft" seinem Zweck und damit seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten. Der Schenkungsvertrag als kausale Grundlage der Übereignung entfällt also wegen Nichtigkeit, womit bereits § 812 zum Zuge kommt, ohne daß es des § 817,1 bedarf.

Ebensowenig trifft das von Enneccerus-Lehmann aaO gewählte 2. Beispiel einen Fall, wo nur der Tatbestand des § 817 S.1 verwirklicht sein soll: der verwerfliche Leistungszweck soll nicht "Inhalt des Rechtsgeschäfts" sein, wenn der Mann bzw. Vater der Ehefrau oder Tochter ein Geschenk von deren Verführer annimmt. Will sich dieser nämlich durch sein Geschenk den Ehemann oder Vater für weitere Gewährung und Gelegenheiten gefügig machen und nimmt dieser aus diesen Motiven etwas entgegen, dann verstößt die Schenkung ihrem Inhalt nach gegen die guten Sitten; das gleiche gilt, wenn Geschenke aus Dankbarkeit für die Großzügigkeit des Ehemanns bzw. Vaters überreicht werden: beiderseits liegt ein unsittliches Motiv für Annahme bzw. Übergabe des Geschenks vor und beiderseits ist der Zweck und damit der Inhalt nach natürlicher Auffassung sittenwidrig. § 812 käme also

1) 14. Aufl. SchuldR § 226,1

bei nichtigem Grundgeschäft und gültigem Übereignungsgeschäft zum Zuge, § 985, wenn auch das abstrakte Geschäft von der Sittenwidrigkeit ergriffen wird.

Enneccerus-Lehmann bezeichnen die Bestimmung des § 817,1 als einen besonders geregelten Fall des allgemeinen Bereicherungsanspruchs des § 812, der durch § 817,1 in seinen positiven und negativen Voraussetzungen vollständig bestimmt wird. Ob es aber dieser Bestimmung der positiven und negativen Voraussetzungen und insbesondere der weiteren Regelung des Satz 2 des § 817 überhaupt bedarf, wird die folgende Untersuchung näher beleuchten.

2.) Das rechtspolitische Motiv des § 817 S.2

a. Romanistische Grundlage des § 817 S.1

Der Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfangs (§ 817 S.1 und S.2) läßt sich auf folgende römische Formeln zurückführen:

si turpis causa accipientis fuerit,
etiamsi res secuta sit, repeti potest

(Paulus D XII, 5,1,2)

ubi autem et dantis et accipientis
turpitude versatur, non posse repeti
dicimus

(Paulus D XII, 5,3)

§ 817, S.2 ist auf den römisch rechtlichen Grundgedanken

"in pari turpitudine melior est causa
possidentis"

zurückzuführen: bei gleicher Rechtsposition ist die des bereits Besitzenden stärker. Man soll sich dem Vertragsgegner gegenüber nicht auf den in Satz 1 niedergelegten Rückforderungsanspruch berufen dürfen, wenn man an dem Zustand, den der Gegner geschaffen hat, selbst mitschuldig ist.¹⁾ Zweck dieser Gefahr für den Vorleistenden ist, daß er sich vielleicht doch noch eines Besseren besinnt

1) Vgl. RGZ 67,319; 78,295

und von dem verbotenen oder unsittlichen Geschäft ablöst; denn hat er einmal geleistet, dann: "causa possidentis melior est". Hält sich dies jede der Parteien vor Augen, so geht keine die Gefahr der Vorleistung ein und es kommt nicht zur verbotenen oder sittenwidrigen Vertragsabwicklung. Wurde nun aber trotzdem von einem der beiden Vertragspartner geleistet, so tritt die Straffunktion des § 817 in Erscheinung: Er kann das Geleistete (natürlich unter der Voraussetzung des eigenen Sitten- oder Gesetzesverstoßes) nicht mehr zurückverlangen, es sei denn

b. Motive, Protokolle:

Entstanden ist die Vorschrift des § 817 aus einer Zusammenziehung des § 747 Abs.3 des Entwurfes 1 und des § 684 III des gleichen Entwurfes. Die Schlußworte sind ein Zusatz der zweiten Kommission. Jener § 747 Abs.3 brachte die Bestimmung, die den Eingang des jetzigen § 817,2 bildet und auf der das Hauptgewicht der Bedeutung dieses Paragraphen liegt, daß nämlich derjenige, der selbst durch seine Leistung gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat, seine Leistung nicht zurückverlangen kann.

Die Motive¹⁾ begründen die Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen (§ 817 S.1) damit, daß im Volksleben "der Sinn für gute Sitten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung" gestärkt werde. Als Grund für die Restitutionspflicht erscheint einzig und allein der auf Seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß und die darin sich offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung.

Über den jetzigen Satz 2 des § 817 wird gesagt:

"Die Bestimmung des 3.Abs. (= § 817,2), daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist, entspricht dem geltenden Recht und dem Gedanken, auf welchem die *condictio ob turpem causam* beruht".

1) II, 849 ff, § 747

Aus dem Inhalt des ersten Entwurfes (§§ 742, 743 Nr.1, 747) und des zweiten Entwurfes (§ 741) ergibt sich, daß ursprünglich eine über den Fall der *condictio ob turpem causam* (§ 817 BGB) hinausgehende Geltung des der Bestimmung in Satz 2 zugrundeliegenden Prinzips beabsichtigt war. Wie die Protokolle (S.2937 und 2979) bemerken, ist nicht einzusehen, daß die zweite Kommission bei der Umarbeitung der betreffenden Vorschrift, die zu der jetzt im BGB enthaltenen Fassung geführt hat, auch von der Ansicht geleitet gewesen ist, die Geltung jenes Prinzips auf den Fall des § 817, S.1 einzuschränken. Von der Rechtsprechung ist in der Folge auch ganz überwiegend die Meinung vertreten worden, daß der zweite Satz des § 817 nicht nur auf Fälle des Satz 1 gemünzt ist, sondern für alle Bereicherungsansprüche gelten soll.¹⁾ Der erste Entwurf hatte ferner auch nur jener Unsittlichkeit Rechtswirkung beigelegt, die den Inhalt des Rechtsgeschäfts zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden machte. Damit sollte u.a. ausgedrückt werden, daß "es nicht auf die sittlichen oder unsittlichen Motive" ankomme, sondern daß das Rechtsgeschäft "in objektiver Hinsicht unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletzt"²⁾.

Demgegenüber vertreten nun die Protokolle die Ansicht, daß "die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht ausser acht zu lassen" sei, indem "häufig erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde"³⁾. Es treten daher die Rechtswirkungen der Unsittlichkeit nicht nur dann ein, wenn die Leistung objektiv unsittlich ist, sondern auch dann, wenn die Leistung objektiv zwar erlaubt, aber der Inhalt oder der Zweck des abgeschlossenen Geschäfts zusammen mit einem unsittlichen Motiv der Sittlichkeit widerspricht.⁴⁾

Bei der Abfassung des § 817 dachte man auch daran, daß

1) Vgl. die Ents d. RGZ 63,354; 70,4; 101,308 u.a.;
vgl. unter I4

2) Mot.I S.211 f, II S.849 f

3) Prot.I S. 123 f

4) Vgl. unter I 1a

möglicherweise die Leistung in der Eingehung einer abstrakten Verbindlichkeit bestehen könnte. Als solche Fälle führte man an: die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit, die Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens und die vertragsmäßige Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.¹⁾

Man wollte nun nicht, daß derjenige, der sich in abstrakter Weise persönlich verpflichtet hat, zugleich aber einen Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen das Gesetz begangen hatte, zur Erfüllung der von ihm eingegangenen Verbindlichkeit gezwungen werden könne. Aus diesem Grund ließ man für Fälle dieser Art die Kondiktion zu.

Man dachte hier an den bereits im § 684 Abs. 3 des ersten Entwurfes niedergelegten Grundsatz und faßte diesen nun etwas ungenau in die Worte: "es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand."

Die Absicht war ohne Zweifel, denjenigen, der sich durch ein abstraktes Rechtsgeschäft persönlich verbindlich gemacht hatte, von dieser Verbindlichkeit zu befreien, weil das Gesetz ein wirksames Schuldverhältnis, das einen Verstoß gegen die guten Sitten in sich birgt, nicht anerkennen kann, auch dann nicht, wenn es in ein abstraktes Rechtsgeschäft eingekleidet worden ist. Auch kann der auf Satz 2 zutreffende Grundsatz "in pari turpitudine melior est causa possidentis" auf Fälle dieser Art nicht zutreffen, weil der Gläubiger einer abstrakten Forderung (vgl. oben) noch kein "possidens" ist.

3.) Rechtsfolge des § 817 S.2: Kein Anspruch, nicht klagbarer Anspruch, Einrede?

Wenn nun § 817 S.2 zur Anwendung kommt, erhebt sich ein weiteres Problem: Besteht wegen des beiderseitigen Sitten- oder Gesetzesverstoßes überhaupt kein Anspruch auf Rückgabe oder kann dieser nur nicht im Wege der Klage geltend gemacht werden? Die Frage aber, welche Bedeutung die Worte "die Rückforderung ist ausgeschlossen" in 817,2 haben, ist in der Rechtsprechung des BGH nicht über-

1) §§ 780-782 BGB und RGZ 2,337

einstimmend beantwortet worden.

Der erste Zivilsenat hat in einem Fall, in dem eine Grundschild zur Sicherung von Vorschüssen bestellt worden war¹⁾, die zur Finanzierung von verbotenen Schwarzmarktgeschäften gegeben worden waren, dem Grundeigentümer einen Anspruch auf Rückübertragung der Grundschild nach § 812 BGB zugebilligt, weil die Rückforderung der Vorschüsse nach 817,2 ausgeschlossen und damit die durch die Grundschild zu sichernde Forderung n i c h t e n t s t a n d e n s e i. In diesem Urteil wird noch ausdrücklich gesagt, mit Rücksicht auf die Bestimmung des 817,2 sei aus der Hingabe der Vorschüsse k e i n e - auch nicht eine "nicht realisierbare" - Forderung erwachsen.

In dem vom BGH entschiedenen Falle war die Grundschild nicht an Erfüllungs Statt abgetreten worden, sondern sollte lediglich zur Sicherung der Forderung der Rechtsvorgängerin des Klägers dienen. Dieser Zweck war weder verboten noch sittenwidrig.

Das RG hatte in Warn.Rspr. 1918 Nr.10 ausgeführt, daß es bei der Einräumung einer Grundschild für die Frage der Anwendbarkeit des 817,2 nicht darauf ankomme, welchen wirtschaftlichen Zweck die Beteiligten verfolgt hätten und ob insbesondere die Grundschild zur Sicherung der persönlichen Forderung aus einem wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Vertrag habe dienen sollen. Bei dieser Entscheidung war die Abtretung der Grundschild die Leistung, die die Beklagte unmittelbar auf Grund des nichtigen Vertrages erbringen sollte und tatsächlich auch erbracht hatte, während bei dem vom BGH entschiedenen Fall die Abtretung auf Grund eines selbständigen und daher gültigen Nebenvertrages geschehen ist. Die Rechtsprechung hat sich auch tatsächlich dahin entwickelt, daß es bei Fragen der Anwendung des 817,2 auf Fälle der Abtretung einer Grundschild darauf ankomme, ob diese nur zur Sicherheit mit der Verpflichtung zur Rückübertragung nach Fortfall des Sicherungszweckes (gültige Nebenabrede) übertragen worden ist, oder ob sie endgültig in das Vermögen des

1) BGHZ 19,305

Empfängers übergehen sollte (wie in BGH 19,205 nicht der Fall).

In dem vom BGH entschiedenen Fall ist auch kein nachträglicher Grund für einen dauernden Übergang¹⁾ entstanden. Die Auffassung, es sei ein solcher Grund dadurch gegeben, daß die Befriedigung aus der zu sichern- den Forderung nicht mehr erfolgen könne (Nichtigkeit wegen 134) - würde die Anwendbarkeit des 817,2 näher- rücken; dies hat der BGH aber abgelehnt.

Der BGH mußte daher, um 817,2 ausschließen zu können, zu der Auffassung kommen, daß der Rechtsvorgängerin der Klägerin aus der Hingabe der Vorschüsse überhaupt keine - auch nicht eine "nicht realisierbare" - Forderung erwachsen ist. Dadurch wird vermieden, die Grundschuld im Vermögen der Klägerin zu belassen, was ein unbefriedigendes Ergebnis gewesen wäre, da dieser damit eine Gegenleistung für die als verboten behandelten Schwarzmarktgeschäfte zugesprochen worden wäre.

Demgegenüber ist der vierte Zivilsenat des BGH der Auffassung, die in 817,2 enthaltene Vorschrift verneine nicht den Bereicherungsanspruch als solchen, sondern ver- s a g e i h m n u r d e n R e c h t s s c h u t z ²⁾.

Die klagende Firma hatte von dem Deutschen Kohlenver- kauf (DKV) Bezugsausweise für sog."Landabsatzmengen" er- halten, die auf ihren Namen lauteten. Ein Angestellter der Firma veruntreute mehrere Scheine und verkaufte sie an den Kohlenhändler B. Dieser veräußerte einen Teil die- ser Bezugsscheine an die Beklagten gegen Bezahlung der Originalzechpreise. Aufgrund dieser Scheine bezogen die Beklagten bei verschiedenen Zechen Kohle zu einem Preis von insgesamt 13 233,45 DM. Der Betrag wurde dem Kläger vom DKV in Rechnung gestellt und von ihm bezahlt. Der Kläger verlangte Erstattung des Betrages. Der BGH sieht in der Einlösung der Scheine durch die Beklagten Verfü- gung en von Nichtberechtigten und spricht darum dem Kläger Ansprüche aus § 816 auf Herausgabe des Erlangten, nämlich der bezogenen Kohlen, bzw. (nach § 818 Abs.III)

1) Vgl. RGZ 67,321

2) BGHZ 9,333

ihres Wertes zu. Er führt weiter aus, daß die Beklagten die an B. bezahlten Beträge nicht als Minderung der Bereicherung von der eingeklagten Summe abziehen könnten; die Beklagten hätten nämlich aus den Verträgen mit B. gegen diesen Gewährleistungsansprüche erworben, oder aber bei Nichtigkeit dieser Verträge (nach § 134), Bereicherungsansprüche; folglich sei bei einem Vergleich des Vermögensstandes der Beklagten vor Erwerb der Scheine und nachher ein Unterschied zum Nachteil der Beklagten nicht gegeben. Dies sei auch dann nicht der Fall, wenn den Bereicherungsansprüchen der Beklagten gegen B. § 817 entgegenstehe. Denn diese Bestimmung verneine nicht den Bereicherungsanspruch als solchen, sondern versage ihm nur den Rechtsschutz.¹⁾ Das Risiko eines verbotenen Geschäfts gehe eben zu Lasten des Vorleistenden.²⁾

In einem weiteren Urteil versagt der BGH trotz Sitten- und Gesetzesverstößes des Gemeinschuldners die Berufung auf 817,2 gegenüber dem Konkursverwalter und führt dazu aus, diese Bestimmung sei ein besonders geartetes **R e c h t s h i n d e r n i s**, das der an sich zur Herausgabe Verpflichtete dem Bereicherungsanspruch entgegensetzen könne; sie wolle aus ausschließlich moralisch zu wertenden Gesichtspunkten in solchen Fällen einem Bereicherungsanspruch die Durchführung versagen.³⁾ Von der Interessenlage aus betrachtet ist diese Entscheidung des BGH wie folgt zu erklären: Hätte der BGH § 817,2 nicht als bloßes Rechtshindernis, sondern als Einwendung betrachtet, hätte er gegen den Konkursverwalter entscheiden müssen und auf Kosten der Konkursgläubiger dem Bereicherten, der sitten- oder gesetzwidrig gehandelt hat, das unrechtmäßig Erworbene belassen müssen. Daher bejahete der BGH das Vorhandensein des Anspruchs in 817,2⁴⁾ und versagte ihm nur seine eventuelle Durchsetzung im Rechtsweg aus "ausschließlich moralisch zu wertenden Gesichtspunkten".⁵⁾

1) Hierfür beruft sich der BGH auf 4,60 und das KG 99,167 f

2) Vgl. unter I 2

3) BGHZ 19,338

4) Wie BGH 9,333 und OGH 4,57

5) Vgl. näheres über diese BGH-Entscheidung und RG 99,166 unter II B 2a

Demgegenüber ist folgendes festzustellen:

Betrachtet man die Bestimmung des § 817 S.2 als eine Einrede, so heißt dies, daß es im Prozeß darauf ankommt, ob der Beklagte sich auf diese Vorschrift beruft oder nicht. Das kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein: der Richter hat in jedem Fall von sich aus, also von Amts wegen zu prüfen, ob ein Vertrag gegen die §§ 134, 138 BGB verstößt oder nicht. Er muß dies sowohl bezüglich der Person des Klägers, als auch bezüglich der Person des Beklagten tun. Beruft sich nun aber etwa der Kläger auf Sittenwidrigkeit, obwohl er selbst gegen die guten Sitten verstoßen hat, so muß der Richter dies von sich aus berücksichtigen, weil hier ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt. § 242 BGB aber, dessen Grundgedanke auch in § 817 S.2 wirksam ist, ist von Amts wegen heranzuziehen, ohne daß sich einer der Prozeßbeteiligten darauf zu berufen braucht.¹⁾ Bei § 817,2 also ist die Rückforderung ausgeschlossen, d.h. der Anspruch ist untergegangen und besteht nicht mehr.²⁾ Zu diesem Ergebnis muß man auch kommen, wenn man § 817,2 als reine Strafvorschrift und nicht als Ausdruck des allgemeinen Gedankens der §§ 157, 242 BGB wertet: es kann nämlich nicht von der Geltendmachung des § 817,2 im Prozeß durch den Beklagten abhängen, ob der Kläger "bestraft" wird oder nicht, sondern dies ist nach dem Sinn des Gesetzes allein dem Richter zu überlassen, der den Willen des Gesetzgebers unabhängig vom Willen des Beklagten zu verwirklichen hat.

4.) Anwendbarkeit des § 817,2 gegenüber Anspruch aus § 812 BGB

Ob der wichtige Satz 2 des § 817, der die Rückforderung ausschließt, wenn den Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten trifft, nur auf die Fälle des § 817 S.1 anwendbar ist oder für alle Bereicherungsansprüche gilt, also insbesondere für Fälle des § 812 BGB, war ein von der Rechtsprechung zu klärendes Problem. Das Reichsgericht hat in einem Urteil

1) Palandt zu 242,1

2) im Ergebnis ebenso Larenz II § 63 III b, Esser (1960) § 194,2

vom 20.2.1922¹⁾ die Vorschrift des § 817 BGB nur als eine "nähere Bestimmung des Anspruchs aus 812" bezeichnet und dessen Grundvoraussetzung, daß nämlich die Bereicherung "auf Kosten" jemandes geschehen sei, auch für § 817 gefordert, obwohl § 817 BGB selbst dies nicht ausdrücklich verlangt. Der Gedanke, daß § 817 nur ein besonderer Fall des allgemeinen Bereicherungsanspruchs aus § 812 ist, kommt auch in RGZ 63,354²⁾ zum Ausdruck. Das RG führt aus, daß für die Ansicht, § 817 S.2 sei nur auf Fälle des § 817 S.1 oder einem entsprechenden Tatbestand begründenden Anspruch gegenüber anwendbar, zwar der Wortlaut und die Stellung, die diese Bestimmung im BGB schließlich erhalten habe, angeführt werden könne, daß aber doch überwiegende Gründe dafür sprächen, daß in § 817 der Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes zu finden sei, der nach der Ansicht des Gesetzgebers für die ganze Materie der ungerechtfertigten Bereicherung maßgebend sein soll. Der hauptsächliche Grund, auf dem die Vorschrift des § 817 S.2 beruhe, daß nämlich einem Anspruch, dem eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung des Klägers zugrunde liegt, der Rechtsschutz zu versagen ist, treffe beim Vorliegen dieser Voraussetzung nicht nur bei einem sich ausdrücklich auf einen verwerflichen Empfang im Sinne des § 817 S.1 stützenden Anspruch, sondern in gleicher Weise auch bei einem in anderer Weise, namentlich durch die allgemeine Vorschrift des § 812 begründeten Bereicherungsanspruch zu. Da der Bereicherungsanspruch des BGB in der Gestaltung, die er durch die II.Kommission zu Beratung des BGB erhalten habe³⁾, doch im wesentlichen als ein einheitlicher, in der Hauptsache gemeinsamen Regeln unterliegender Anspruch aufzufassen sei, so sei nach der zu vermutenden Absicht des Gesetzgebers der der Bestimmung des § 817 S.2 zugrunde liegende Gedanke als für jeden Bereicherungsanspruch maßgebend anzusehen, auch soweit ein solcher an sich unter die allgemeine Bestimmung des § 812 fiele.

1) VI 457/22

2) Vgl. hierzu auch RGZ 70,4; 101,308 u.a.

3) Vgl. unter I 2

Das Reichsgericht macht zu Recht darauf aufmerksam, daß es ein mit der Absicht des Gesetzgebers nicht zu vereinbarendes Ergebnis wäre, wenn die Anwendung der Vorschrift des § 817 S.2 auf einen Rückforderungsanspruch, der eine gegen die guten Sitten verstoßende Leistung zum Gegenstand hat, davon abhängen sollte, ob dieser Anspruch in einer Vorschrift des § 817 S.1, oder ob er in einer anderen, der allgemeinen Bestimmung des § 812 entsprechenden Weise begründet ist. In vielen Fällen, bei denen an sich die Voraussetzungen des § 817 S.1 und 2 vorliegen würden, könnte die Anwendung des § 817 S.2, je nachdem woraus der Kläger seinen Anspruch begründet (ob aus § 812 oder aus § 817 S.1), ausgeschlossen werden.

Der VII. Zivilsenat des Reichsgerichts hat in RGZ 151,70 entschieden, daß die auf § 812 gestützte Klage eines Darlehensgebers auf Rückgewähr des darlehensweise hingegebenen Geldbetrages abzuweisen sei, weil zwar das Darlehensgeschäft nach dem Ergebnis des Vorprozesses wegen Wuchers (§ 138 Abs.2 BGB) nichtig sei, aber doch der an sich aus § 812 zu folgender Rückforderung der Leistung des Geldgebers die Vorschrift des § 817 S.2 entgegenstehe.¹⁾

Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung die Lücke des § 817 mit der Feststellung ausgefüllt, daß diese Regelung unmöglich beschränkt sein kann auf den Fall, daß sowohl den Leistenden, als auch den Leistungsempfänger (vgl. Wortlaut des § 817: "gleichfalls") ein Verstoß treffen muß, sondern hat erkannt, daß sie ungeachtet des Wortes "gleichfalls" nicht nur als Ausnahme von der Regel des ersten Satzes, sondern als allgemeine Regel für alle Arten von Bereicherungsansprüchen, insbesondere auch für § 812 gelten muß. Es kann also auch bloß der Leistende gegen die guten Sitten etc. verstoßen, um § 817 anwendbar zu machen.

1) Näheres zur Rechtsprechung über Wuchergeschäfte vgl. unter II A2

Es ist dies konform mit dem Rechtsgefühl, denn: wer selbst gegen Gesetz oder gute Sitten verstößt, darf sich auf den gleichen Verstoß des anderen Teils nicht berufen können und deswegen seine Leistung zurückfordern wollen.¹⁾

Zu dieser Auslegung führt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch die Überlegung, daß der makellos dastehende Empfänger auf Grund des § 812 zur Rückgabe der Bereicherung an einen sittenwidrig Leistenden verpflichtet wäre, während dies bei eigenem Verstoß des Empfängers gegen die guten Sitten nach § 817 ausgeschlossen wäre.

Dieses augenscheinlich unbillige Ergebnis, auf das hier vom RG hingewiesen wird, kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein und es ist deshalb nicht einzusehen, warum der Satz 2 des § 817 nur auf Satz 1 dieser Vorschrift beschränkt bleiben soll.²⁾ Die Rechtsprechung wich von diesem, in den zitierten Entscheidungen aufgestellten Grundsatz auch nicht mehr ab und trug damit dem Grundgedanken des § 817 Rechnung, daß nämlich dem aus verworflicher Gesinnung heraus Leistenden Schutz nicht gewährt werden soll.

a. Anwendbarkeit des § 817 gegenüber § 814

Der Fall des § 817 S.2, daß nämlich derjenige, der selbst gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, nicht unter Berufung auf diese Fehler eine Leistung zurückverlangen kann (condictio ob turpem causam), kann mit dem gegenteiligen Fall des Nichtwissens um ein Nichtverpflichtetsein zu einer bestimmten Leistung zusammenfallen. Diese letztere Variante allein hat der Gesetzgeber in § 814 BGB geregelt (condictio indebiti - Rückforderungsausschluß bei wissentlicher Erbringung einer Nichtschuld):

"Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert wer-

1) ebenso RGZ 161,53

2) ebenso RGR-Komm. zu § 817 S.2 Abschn.1; a.A. Staudinger-Lechner Abschn.19

den, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach."

Treffen nun die Fälle des § 814 und § 817 zusammen, was möglich, aber nicht notwendig ist, so erhebt sich die Frage nach der Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 814 gegenüber § 817. Feststeht, daß die Vorschrift des § 817 auch auf Fälle der *condictio indebiti* zutrifft, da es sich bei dieser Bestimmung um den Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes handelt, der für die ganze Materie der ungerechtfertigten Bereicherung maßgebend sein soll.¹⁾ Die Anwendbarkeit des § 814 gegenüber der Bestimmung des § 817 wurde aber von der Rechtsprechung durchwegs abgelehnt. In der bekannten Entscheidung des Reichsgerichts im 99. Bd. S. 165 ff (wird noch in anderem Zusammenhang näher besprochen) war u. a. von diesem Problem die Rede. Frau M.K. hatte mit der Beklagten einen Vertrag geschlossen, der ihr für eine bestimmte Geldeinlage Gewinne bis zu 20 % für 10 Tage versprach. Der Beklagten wurden auch tatsächlich im Laufe der Zeit ca. 160.000,-- Mark an Gewinn ausbezahlt. Nachdem nun Frau M.K. in Konkurs gefallen war, forderte der Konkursverwalter in der Klage die an die Beklagte ausbezahlte Summe zurück. Aus der Sittenwidrigkeit (§ 138) und der damit verbundenen Nichtigkeit des Vertrages ergab sich ein Anspruch auf Rückzahlung nach §§ 812, 817 S. 1. Das RG kommt nach anderweitigen Ausführungen auf die hier interessierende Frage: es steht diesem Anspruch nicht entgegen, daß Frau M.K. obwohl sie wußte, daß sie zur Zahlung der als Gewinn bezeichneten horrenden Zinsen rechtlich nicht verpflichtet war, an die Beklagte geleistet hat. "§ 814 ist nur für das Gebiet der Rückforderungsfälle anwendbar, die der römisch rechtlichen *condictio indebiti* entspringen"²⁾. Vorliegender Sachverhalt konnte aber nicht als bloße Kondiktionsklage wegen Zahlung einer Nichtschuld

1) Vgl. unter I 4

2) Vgl. auch RGZ 71, 316; 97, 82

behandelt werden, das wäre der Lage des Falls, wie das RG richtig ausführt, nicht gerecht geworden, es würde "die eigentliche Bedeutung der Klage nicht erschöpfen und nicht treffen". Bei den Leistungen der in Konkurs gefallenen Leiterin der Firma handelte es sich nämlich um Zuwendungen, die sowohl in ihrer Hingabe als auch in ihrer Annahme wegen Sittenwidrigkeit des zugrundeliegenden Geschäfts einem verwerflichen Zweck dienten und deshalb dem Tatbestand des § 817 unterzuordnen waren. Gegenüber dieser Bestimmung kann aber § 814, der nur den Fall einer *condictio indebiti* regelt, nicht eingreifen.

Genauso entscheidet das RG in einem Urteil vom 8.1.1923 in Gruch.Beitrag 67,174. Hier hatten die Parteien Kaufverträge abgeschlossen, die laufend die durch die Kriegsgesetzgebung festgesetzten Höchstpreise überschritten hatten. Es lag also beiderseits ein bewußter Verstoß gegen das Gesetz vor, allerdings nicht mit der Folge der Nichtigkeit der Kausalgeschäfte.¹⁾ Auch hier also der Fall des Tatbestandes einer *condictio ob (turpem vel) iniustam causam* des § 817.

Auch in diesem Falle steht § 814 nach der Auffassung des Reichsgerichts dem Klaganspruch nicht entgegen. Das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift beschränkt sich nämlich auf die Rückforderungsfälle, die der *condictio indebiti* des römischen Rechts entsprechen, während die *condictio ob turpem vel injustam causam* in § 817 dergestalt geregelt worden ist, daß ein Ausschluß der Rückforderung nur beim Vorliegen der im 2. Satz der Vorschrift aufgestellten Voraussetzungen, nicht aber auf Grund eines Sachverhalts, wie ihn § 814 im Auge hat, in Betracht kommen kann. Desgleichen RGZ 97,84 in einem ähnlich gelagerten Fall. Das Reichsgericht bemerkt hier, daß das Gesetz (gemeint ist § 817 BGB) den Empfänger, der durch die Annahme der Leistung gegen die guten Sitten verstoßen hat, vorbehaltlich der in Satz 2 des § 817 bestimmten Ausnahme, auch dann zur Herausgabe verpflichtet, wenn

¹⁾ Vgl. unter II A3

der Leistende das Nichtbestehen seiner Verpflichtung gekannt hat. Vom Standpunkt des Gesetzes aus wiegt die Sittenwidrigkeit, die der Empfänger durch Annahme der Leistung begeht, schwerer als die - eine Rückforderung sonst ausschließende - Kenntnis des Leistenden vom Fehlen einer Verpflichtung zur Leistung. Nur dann, wenn auch der Leistende sich eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig gemacht hat, soll in der Regel der durch die Leistung geschaffene Zustand erhalten bleiben, die Rückforderung also nicht mehr gestattet werden. Auch in dem vom RG hier entschiedenen Falle (ebenfalls Überschreitung der Richtpreise) war somit die Vorschrift des § 814 auszuschließen. Der Rechtsprechung ist in diesem Punkt nicht widersprochen worden.¹⁾

Zusammenfassend kann also festgestellt werden:

§ 817 ist auf Fälle der *condictio ob turpem vel injustam causam* zugeschnitten, aber auch auf Fälle der *condictio indebiti* anwendbar. § 814 dagegen meint nur den Tatbestand einer *condictio indebiti* und scheidet auch dann aus, wenn - was möglich sein kann - der Fall des Wissens um eine Nichtschuld und der eines Sitten- oder Gesetzesverstoßes zusammentreffen. Kurz: § 814 ist im Rahmen des § 817 nicht anwendbar.

5.) Anwendbarkeit des § 817 außerhalb des Bereicherungsrechts

Eine der wichtigsten Fragen, die im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des § 817 behandelt werden müssen, ist die, ob diese Vorschrift nur im Bereicherungsrecht Anwendung finden soll, oder ob sie einen allgemeinen Rechtsgedanken ausdrückt und damit auch außerhalb des Gebiets der ungerechtfertigten Bereicherung, also etwa gegenüber Ansprüchen aus dem Eigentum bei Nichtigkeit des Kausal- und Vollzugsgeschäfts (§ 985 BGB) oder Ansprüchen aus Delikt (§§ 823 ff BGB) angewendet werden kann. Die Meinungen gehen hier sehr auseinander. Das LG Göttingen²⁾ entschied sich für die letz-

1) Vgl. z.B. Staudinger zu § 817 Anm.28/29

2) Nds.Rpfl. 48,130 und 51,86

tere Alternative und zwar argumentierte es, daß niemand auf dem Umweg über eine dingliche oder eine Schadensersatzklage verlangen könne, was § 817,2 versage. Die Ansicht, daß § 817,2 auch auf Ansprüche aus §§ 823 ff BGB¹⁾ und auf den Eigentumsanspruch²⁾ angewendet werden müsse, wird auch von Lesser (JW 19,91 ff) vertreten; er ist in seinem allerdings bereits 1919 erschienenen Aufsatz der Auffassung, daß der Schluß, § 817,2 nur als Einzelfall eines allgemeinen, das ganze Recht beherrschenden Grundsatzes aufzufassen, nicht unmöglich sei. Dem könne im Wege der Rechts-, nicht Gesetzesanalogie, Geltung für das gesamte Recht verschafft werden, dergestalt, daß ganz allgemein einem Anspruch, dem eine gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßende Handlung des Klägers zugrunde liegt, der Rechtsschutz zu versagen sei.

Aus der Stellung des § 817, der vom Gesetzgeber nicht im Allgemeinen Teil des BGB, sondern ausschließlich im Bereicherungsrecht eingeordnet ist, ist aber zu schließen, daß diese Vorschrift nur dort Anwendung finden solle. Hierauf macht auch das LG Tübingen in einem Urteil vom 17.5.1950³⁾ aufmerksam. Trotzdem ist auch dieses Landgericht unter Hinweis auf Heck⁴⁾ der Meinung, daß § 817,2 auch bei dinglichem Herausgabeanspruch anwendbar sei. Es sei nämlich nicht einzusehen, weshalb die gesetzwidrige Gesinnung des Leistenden nur dann bestraft werden solle, wenn nur das Verpflichtungsgeschäft nichtig sei, und nicht auch dann, wenn die Verletzung so stark sei, daß auch das Erfüllungsgeschäft nichtig sei (in dem vom LG zu entscheidenden Fall war sowohl das schuldrechtliche als auch das dingliche Geschäft nichtig, da es sich um ein nach § 1a Ziff.2

1) z.B. Kohler, Arch.f.bürg.R. 5,196; Boehmer, Grundl.d. bürgerl.Rechtsordnung S.52 f

2) Schneider JW 16,181; Brandt, Eigentumserw.u.Austauschgesch., 1948, S.124 ff; v.Caemmerer SJZ 50,646 ff und MDR 51,161; OLG Jena JW 28,195; Larenz II § 63 III b; Esser § 194,3c (bei konsequenter Anwendung der Rechtsschutzverweigerungstheorie)

3) DRZ 50,567

4) Arch.Civ.Prax.124,6 Anm.15 und Palandt, 7.Aufl.Anm.5a cc, Einl.vor 854; bereits aber a.A. daselbst in Anm.3e zu 817

KWVO verbotenes Kompensationsgeschäft gehandelt hatte). Diese zunächst bestechende Argumentation kann aber bei näherer Betrachtung nicht überzeugen. Die h.M. hat sich auch gegen diese Ansicht gestellt. Das RG betonte in Bd.85 S.293,¹⁾ daß die Vorschrift des § 817,2 nur auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und nicht auf Forderungen aus anderen Rechtsverhältnissen, insbesondere nicht auf solche aus unerlaubter Handlung angewendet werden könne.

So konnte in RGZ 85,293 dem Wucherer nicht § 817,2 entgegen gehalten werden, wenn er wegen des vom Bewucherten durch Betrug (W. hatte verschwiegen, daß er unter vorläufiger Vormundschaft wegen Verschwendung stand) erlangten Darlehens Schadensersatz durch Rückzahlung verlangte.²⁾

Dieser Entscheidung ist zuzustimmen, denn es ist ein Unterschied, ob die Vermögensverschiebung, die durch Rückforderung des Darlehens wieder ausgeglichen werden soll, lediglich auf Grund eines nichtigen Kausalgeschäfts eingetreten ist, oder ob der mit der Rückforderung in Anspruch Genommene dieses Geschäft durch Vortäuschung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen (§ 263 StGB), also deliktisch, herbeigeführt und dadurch Schaden angerichtet hat.

Auch der BGH³⁾ und der OGHZ⁴⁾ lehnen eine Ausdehnung des § 817,2 auf Ansprüche aus §§ 823 ff und 985 BGB ab; so führt der BGH in der zitierten Entscheidung an, daß der Ausgangspunkt des LG Göttingen (vgl.oben), es könne niemand auf dem Umweg über eine dingliche oder eine Schadensersatzklage verlangen, was die Bestimmung über die Bereicherung nach § 817 versage, in mehrfacher Hinsicht unhaltbar sei. Der BGH meint, wenn außer dem Bereicherungsanspruch ein Anspruch aus den §§ 985 ff oder 823 ff bestehe, dann sei dieser der nächstliegende. Von einem Umweg ließe sich eher dann sprechen, wenn stattdessen in erster Linie der Bereicherungsanspruch geltend

1) Vgl.auch RGZ 70,5; Spieldarlehen an Minderjährigen m. §§ 823 Abs.2 BGB i.Verb. mit 263 StGB

2) Vgl. auch RGZ 105,67; 151,70; 161,53

3) Urteil v. 14.6.51 in NJW 51,643

4) Bd.4 S.67 und NJW 50,691

gemacht würde. Dies sei für den Anspruch aus den §§ 987 ff allein schon daraus zu folgern, daß diese eine Sonderregelung für die Beziehung zwischen Eigentümer und Besitzer enthielten, die andere Ansprüche, insbesondere auch wegen ungerechtfertigter Bereicherung, grundsätzlich ausschließen. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Entscheidung des RG in RG GZ 163,351 verwiesen. Der Bundesgerichtshof deutet ferner darauf hin, daß das Rechtsleben durchaus die Erscheinung kenne, daß von mehreren Klagegrundlagen im gegebenen Fall nur die eine oder andere zum Ziele führe. Wörtlich spricht der BGH dann folgenden bedeutungsvollen Satz aus: "Die Bereicherungsansprüche gehören zudem dem Billigkeitsrecht an und stehen deshalb in besonderem Maße unter dem Grundsatz von Treu und Glauben." Dieser Eigenart der §§ 812 ff wird in obiger Entscheidung auch der § 817 S.2 untergeordnet. Damit wird auch die Möglichkeit eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, den diese Vorschrift enthalten könnte, verneint. Diese Ausdrucksweise des BGH, daß die Ansprüche des Bereicherungsrechts in "besonderem Maße" unter dem Grundsatz von Treu und Glauben stehen, erscheint eigenartig, wenn man bedenkt, daß nach heutiger Auffassung¹⁾ die Regeln der §§ 157,242 BGB im ganzen Bereich des BGB (und sogar darüber hinaus) Anwendung finden, sofern sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. Wie gibt es dann ein "besonderes Maß" der Anwendung dieser Grundsätze? Offenbar hatte der BGH bei dieser Formulierung die unglücklichen Ergebnisse im Auge, die bei starrer Heranziehung des § 817,2 entstanden sind (die zitierte BGH-Entscheidung setzt sich ja in der Hauptsache mit § 817 auseinander) und wollte ausdrücken, daß im Rahmen dieser Vorschrift die Bestimmung des § 242 BGB und ihre Auslegungsmodalitäten in besonderem Maße zu beachten sind. Der BGH führt dann weiter aus, daß, wenn der Klageanspruch auf die §§ 823 ff oder 985 ff gestützt werden könne, dem Kläger durchweg ein von der Rechtsordnung stärker geschütztes Recht zur Seite stehe, als dem

1) Palandt 242,3

bloßen Bereicherungsgläubiger. Schließlich wird noch auf RGZ 151,70 verwiesen, wo im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, der Grundsatz ausgesprochen ist, daß die Ausdehnung des § 817,2 auf alle Bereicherungsansprüche aus dem Strafcharakter dieser Bestimmung zu folgern sei. "Das mag demjenigen gegenüber, der nur einen Bereicherungsanspruch hat, gerechtfertigt sein. Im allgemeinen ist es aber nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechts, mit Strafen einzugreifen, die weit über das hinausgehen können, was das Strafrecht selbst vorsieht." Soweit der BGH.

Diese letztere Verweisung auf RGZ 151,70 ist im Rahmen der Begründung dieser Entscheidung wiederum weniger glücklich, da das RG (vgl.oben) die analoge Anwendung des Gedankens aus § 817,2 auf alle Bereicherungsansprüche aus der Straffunktion dieser Vorschrift ableitet, während der BGH mit den Grundsätzen von Treu und Glauben operiert (vgl.oben) und dadurch zur Ablehnung der Analogie kommt. Auch mißfällt das Argument, ein auf die §§ 823 ff gestützter Anspruch verleihe dem Kläger durchweg ein von der Rechtsordnung stärker geschütztes Recht als der Bereicherungsanspruch: wenn man die unterschiedliche Verjährungszeit bei Ansprüchen aus Delikt (3 Jahre) und aus ungerechtfertigter Bereicherung (30 Jahre) bedenkt, ferner die strenge Haftung des Bereicherten (§ 819 II BGB) berücksichtigt, dann vermag dieser Schluß des BGH zumindest bezüglich der Deliktsansprüche nicht zu überzeugen.

Mit seinem Hinweis darauf, daß bei verschiedenen Klagegrundlagen im konkreten Fall nur die eine oder andere zum Ziele führe und daß bei einer Konkurrenz von §§ 985 ff und 823 ff mit Bereicherungsansprüchen die ersteren die nächstliegenden seien, verleiht der BGH der Ansicht Ausdruck, daß die Bereicherungsansprüche im Verhältnis der Subsidiarität gegenüber den konkurrierenden Ansprüchen stehen.

Wie Becker in NJW 52,53 richtig ausführt, stehen aber Bereicherungsansprüche zu Ansprüchen aus §§ 823 ff und § 985 im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz, also gleich-

berechtigt nebeneinander¹⁾.

Enneccerus-Lehmann sagen a.a.O.: "Subsidiär ist der Bereicherungsanspruch nicht. Dagegen spricht schon, daß die *condictio* trotz Bestehens eines Deliktsanspruchs begründet sein kann, § 852 BGB, besonders aber, daß das Gesetz eben nur die im § 812 angegebenen Voraussetzungen aufstellt und nirgends eine Subsidiarität des Anspruchs andeutet."

Gegen die Subsidiarität hat sich auch die h.M. der Rechtsprechung ausgesprochen.²⁾

Dies bedeutet aber - wie Becker zu Recht folgert -, daß das Versagen eines Bereicherungsanspruchs wegen § 817,2 keine Auswirkung auf einen gleichberechtigt danebenstehenden Vindikations- oder Deliktsanspruch hat. Der BGH will nun § 817,2 nicht analog auf andere Ansprüche außerhalb des Bereicherungsrechts anwenden, weil er u.a. (vgl.oben) sagt, daß Bereicherungsansprüche dem Billigkeitsrecht angehören³⁾ und deshalb unter dem Grundsatz von Treu und Glauben stehen. Da dies nach dem BGH auch für § 817,2 gilt, kann aus dieser Vorschrift nicht ohne weiteres ein allgemeiner Grundsatz abgeleitet werden.

Andererseits aber haben der BGH⁴⁾ und der überwiegende Teil der Rechtsprechung sich stets zu der Erkenntnis durchgerungen, daß bei § 817,2 der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit außer acht bleiben müsse, weil dies der Strafcharakter dieser Norm erfordere⁵⁾. Daß hier ein deutlicher Widerspruch vorliegt, braucht nicht weiter betont zu werden.

1) Staudinger (10) - Lechner, § 817 Anm.28; Esser, Schuldrecht § 302 Abschn.4; - Planck (4) - Landois vor 812 Anm.5; RGR komm. (9) - Lobe vor 812 Anm.63; Ennecc.-Lehm. Schuldrecht (13) § 221 I 5/222 II b; Heck, Schuldrecht § 140,3

2) RGZ 48,139; RG JW 19,715; OLG Braunschweig 18,48; RGZ 129,307

3) Vgl. hierzu auch Gramm bei Palandt 9.Aufl. Einf. zu 1 vor 812, ebenso in der 17.Aufl.

4) z.B. in NJW 53,744

5) so auch die vom BGH in NJW 51,643 gebilligte Entscheidung des OGHZ 4,57

Es mag hier noch dahingestellt bleiben, ob man bei Entscheidungen nach § 817,2 mehr die Moral oder mehr eine gerechte Entscheidung im Auge haben will; es ist für die Anwendung dieser Vorschrift außerhalb des Titels der ungerechtfertigten Bereicherung nicht entscheidend, ob sie unter dem Grundsatz von Treu und Glauben steht oder nicht. Jedenfalls würde es entgegen der Ansicht des BGH eher für die Anwendung des § 817,2 außerhalb des Bereicherungsrechts sprechen als dagegen, wenn man ihn dem Billigkeitsrecht zuordnet und dem Grundsatz von Treu und Glauben unterstellt!

Gegen eine ausdehnende Anwendung spricht aber ohne Zweifel die Stellung des § 817 und die damit offensichtlich zum Ausdruck gekommene Absicht, ihn auf Fälle ungerechtfertigter Bereicherung zu beschränken. Eine Rechtsanalogie verlangt aber die Gleichheit der Interessenlage, die hier, wie Becker a.a.O. richtig bemerkt, fehlt: es ist nämlich, wie oben bereits erwähnt, ein Unterschied, ob jemand eine Leistung auf Grund eines Fehlers des Kausalgeschäfts zurückverlangt, oder ob er sich auf den dinglichen Herausgabeanspruch oder auf einen Deliktsanspruch berufen kann¹⁾.

Becker (a.a.O.) sieht nun, in Anlehnung an Heck²⁾ und Leonhard³⁾, den Sinn des § 817,2 in einem "Gleichgewichtsgedanken". Er meint: "Haben beide Parteien verwerflich gehandelt, dann ist jede Partei zu schwach, gegen die andere vorgehen zu können, es bleibt bei dem eingetretenen Besitzstand. Hat jedoch darüberhinaus der Empfänger den Leistenden noch betrogen, so hat der Leistende ein Übergewicht, er erhält trotz § 817,2 einen Anspruch aus § 823 II/263 StGB."

Dieses Ergebnis aber ist nicht aus dem Sinn des § 817,2 zu erklären. Wie die Rechtsprechung herausgearbeitet hat⁴⁾, enthält § 817,2 eine starre Regelung "ohne daß es auf den Grad der beiderseitigen Gesetzesverstöße oder auf einen

1) Vgl. die zit. Entsch. des RG in 85,293

2) AcP 124,32 ff

3) Schuldrecht Bes.T. 1931, §§ 260,263,264

4) Vgl. die zit. Entsch. des BGH und OGH

billigen Ausgleich der Belange der Parteien untereinander ankomme"¹⁾.

Auf eine Abwägung kommt es also nicht an; somit kann auch von einem "Gleichgewichtsgedanken" nicht gesprochen werden. Hat der Empfänger den Leistenden über den beiderseitigen Gesetzes- oder Sittenverstoß hinaus noch betrogen, so muß er das Empfangene deswegen wieder herausgeben, weil er dem Anspruch aus §§ 823/II BGB - 263 StGB ausgesetzt ist und § 817,2 außerhalb des Bereicherungsrechts keine Anwendung findet, nicht aber deswegen, weil ihn ein Übergewicht trifft. Das Übergewicht ist zwar die Folge seines zusätzlichen Betruges, nicht aber die Voraussetzung der Ausschließung des § 817,2!

Ist nun aus irgendeinem Grund zum Kausalgeschäft auch noch das abstrakte Verfügungsgeschäft nichtig oder unwirksam, dann ist es die Folge der Gesetzestchnik des BGB (unabhängig von den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung), daß das Eigentum nicht auf den Empfänger übergeht; es bleibt beim Leistenden. Dieser hat dann auch einen Herausgabeanspruch, den man ihm durch eine analoge Anwendung des § 817,2 nicht einfach absprechen kann und darf. Wenn nun Becker (a.a.O.) darauf aufmerksam macht, daß die analoge Anwendung des § 817,2 auf einen Vindikationsanspruch einer klaren Entscheidung des Gesetzgebers entgegenwirken würde, so muß darauf hingewiesen werden, daß dies gerade bei § 817,2 - in der Absicht, untragbare Ergebnisse zu vermeiden - von der Rechtsprechung laufend praktiziert worden ist und noch wird. Die vom Gesetzgeber erzielten Resultate zwingen leider manchmal dazu, diesen entgegenzuwirken!

Schließlich steht § 817,2 nach dem LG Kaiserslautern²⁾ auch nicht einem Vertragsanspruch auf Herausgabe entgegen, da § 817,2 eben nur auf Bereicherungsansprüche Anwendung findet und eine entsprechende Auslegung für eine Forderung auf Grund eines Vertrages (hier Beförderungsvertragsverhältnis) nicht zulässig ist.

1) OGHZ 4,57 = NJW 50,691

2) NJW 55,1034

II. Die Problematik des § 817 S.2

A: Typische Fälle, in denen die Problematik des § 817,2 hervortritt:

1.) Bordellkauf

Wie bereits ausgeführt¹⁾, kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁾ für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt und daher nach § 138 Abs.1 BGB nichtig ist, nicht ausschließlich auf den Beweggrund für die Vornahme des Rechtsgeschäfts an, vielmehr will § 138 I nur solchen Rechtsgeschäften die Anerkennung versagen, deren Gesamtcharakter nach Inhalt, Beweggrund und Zweck (wobei - wie unter I 3 ausgeführt - entweder Inhalt oder Zweck genügen!) nach objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen. Für den § 817 BGB typische Probleme entstanden nun in den Fällen, in denen es sich um einen sog. "Bordellkauf" handelte, in denen also der Kaufvertrag - weil er den Fortbetrieb eines Bordells in dem verkauften Haus zum alleinigen Zweck hatte und der Kaufpreis mit Rücksicht hierauf auf ein Vielfaches des wirklichen Wertes des Hauses festgesetzt worden ist - nach ständiger Rechtsprechung wegen beiderseitigen Sittenverstoßes nach § 138 I BGB nichtig ist.

In RGZ 63,183 hatte das Reichsgericht die Bestellung einer Bordellhypothek für den Kaufpreis durch den Käufer als "die Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 817" angesehen und § 817,2 angewendet, d.h. die Hypothek der Rückforderung nicht unterliegen lassen. In RGZ 63,186 sagte das RG, daß die Kondiktion der Hypothek zu einem dem Gerechtigkeitsgefühl unerträglichen Ergebnis führen müßte, weil die Beklagte, obwohl sie mindestens ebenso unsittlich gehandelt habe, das Grundstück behalten und für den

1) Vgl. unter I 2

2) Vgl. u.a. RGZ 56,230; 63,350; 68,98 und 75,70; außerdem die unter I 2 zit. Entsch.

noch schuldigen Kaufpreis weder persönlich noch mit dem Grundstück haften würde. Unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des § 817 kommt das RG zu der Ansicht, daß die Hypothekenbestellung nicht zu den Ausnahmen gehöre, für welche der § 817,2 die Rückforderung zugelassen habe (also keine bloße Eingehung einer Verbindlichkeit). Die Absicht bei Schaffung des Passus "es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand" war ohne Zweifel, wie das RG auch richtig erkennt, denjenigen, der sich durch ein abstraktes Rechtsgeschäft persönlich verbindlich gemacht hatte, aus dieser Verbindlichkeit zu lösen, weil das Gesetz ein wirksames Schuldverhältnis, das einen Verstoß gegen die guten Sitten in sich trägt, nicht anerkennen kann. Aus dieser Absicht nun schließt das RG, daß man an Erfüllungsgeschäfte, die auf dem Gebiet des Sachenrechts liegen, nicht gedacht hat. Daß dieses Ergebnis seine Wurzel in einer Gerechtigkeitsüberlegung hat, liegt auf der Hand: es sollte das für diesen Fall unbillige Ergebnis vermieden werden, daß die Beklagte das Grundstück behalten darf und den noch nicht bezahlten Kaufpreis weder auf Grund des Kaufvertrages, der ja nach § 138 I nichtig ist, noch auf Grund der Hypothekenbestellung (die nach § 817,2 auf Grund der Ausnahme bezüglich der Eingehung einer Verbindlichkeit kondiziert werden könnte) zu leisten hätte. Hier nun ergibt die Entscheidung des RG folgendes: obwohl das der Hypothek zugrundeliegende Schuldverhältnis (Kaufvertrag) nichtig ist, haftet die Beklagte auf Grund der (forderungslosen) Hypothek nur mit dem Grundstück; das RG läßt es dabei dahingestellt, ob man bei einer solchen Rechtslage von der Verwandlung der Hypothek in eine Grundsuld sprechen kann, was wohl zu verneinen sein wird.¹⁾ Zwar ist die Ähnlichkeit dieser beiden dinglichen Rechte, wie auch das RG einräumt, unverkennbar, aber es besteht gegenüber der Grundsuld eben doch der Unterschied, daß diese (forderungslose) Hypothek für eine persönliche Forderung bestellt worden

1) a.A. Förster, Das Recht, 1905, S.357

ist, die zwar wegen Unsittlichkeit nichtig ist, deren Nichtigkeit aber keinen Anspruch auf Rückgewährung des zum Zwecke ihrer Erfüllung Geleisteten zur Folge hat. Als eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung dieser Forderung betrachtet nun das Reichsgericht auch die Bestellung der Hypothek, nur darum lehnt es die Verwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschild nach § 1163 I ab, die zu dem gleichen Ergebnis führen würde wie ein Anspruch auf Rückgewährung. Trifft es aber wirklich zu, daß die Bestellung einer Hypothek Erfüllung der Kaufpreisverbindlichkeit ist? Schon in RGZ 68,103 ff hat das RG anders entschieden: die Hypothekenbestellung, die für eine nichtige Forderung aus einem unsittlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist (Bordellkauf), wird hier zum ersten nicht als eine Leistung im Sinne des § 817 angesehen. Der Begriff einer Leistung erfordere, so meint das Reichsgericht, daß eine Vermögensverschiebung stattgefunden habe und ein Vermögensstück von dem Leistenden auf den Empfänger übertragen worden sei. Durch die Hypothekenbestellung habe der Besteller aber nichts aus seinem Vermögen herausgegeben, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Hypothek selbst oder ob nur die gesicherte Forderung nichtig sei. Zutreffend ist nämlich folgendes: ist die Hypothek selbst nichtig, weil etwa die dingliche Einigung des § 873 BGB von der Sittenwidrigkeit ergriffen wird, so hat der Hypothekenbesteller und Käufer überhaupt kein dingliches Recht an seinem Grundstück begründet; ist nur die zugrunde liegende Forderung nichtig, so erwirbt nicht derjenige, für den die Hypothek bestellt werden sollte, ein dingliches Recht am Grundstück, sondern das Hypothekenrecht ist kraft Gesetzes als Eigentümergrundschild (Gegensatz zu RG 63,183) in der Hand des Bestellers verblieben: er hat also "nichts aus seinem Vermögen herausgegeben". Hierbei erhebt sich die Frage, ob man - wenn man schon den Bordellkauf als solchen als sittenwidriges Geschäft betrachtet - dann nicht auch die Hypothekenbestellung für nichtig erklä-

ren sollte, da aus der Angabe von Restkaufgeld als Schuldgrund und der darin inbegriffenen inhaltlichen Bezogenheit auf das unsittliche Kausalgeschäft die ihrem Zweck nach ebenfalls gegebene Unsittlichkeit der Hypothekenbestellung trotz deren Abstraktheit offensichtlich ist.¹⁾ Im Ergebnis des in 68,103 zu entscheidenden Falles spielt diese Frage aber, wie dargelegt, keine Rolle.

Wenn das RG in 63,189 ausgeführt hat, die Bestellung einer Hypothek für die Kaufpreisforderung aus einem Bordellgeschäft sei eine Leistung, deren Zweck in der Art bestimmt sei, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoße, und auch dem Leistenden falle ein solcher Verstoß zur Last und deswegen sei nach § 817,2 die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen, so meinte es, es komme einer solchen Rückforderung gleich, wenn der die Hypothek bestellende Käufer gegen die Klage des Verkäufers geltend mache, die Hypothek sei nichtig, oder es sei wegen Nichtigkeit der Forderung nur eine Eigentümergegründung entstanden.

Diese Ausführungen treffen nun auf RGZ 68,103 insofern nicht zu, als hier die Beklagten an dem Bordellgeschäft nicht selbst als Vertragsschließende beteiligt waren und die Hypothek auch nicht von ihnen bestellt worden ist, sie vielmehr das Grundstück erst von der Hypothekenbestellerin erworben haben. Zwischen den Beklagten und den Hypothekengläubigern und Klägern bestehen hier daher überhaupt keine schuldrechtlichen Beziehungen. In dem Fall des RG in 68,103 kommt somit ein den Beklagten zustehendes persönliches Rückforderungsrecht bezüglich der Hypothek als Leistung nicht in Frage, weswegen auch von einer Ausschließung der Geltendmachung dieses Rechts nicht die Rede sein kann. Der Gegensatz zu der Entscheidung 63,183 wird ferner deutlich, wenn das RG folgendes Argument hinzuzieht, um die Rückforderung der "Bordellhypothek" begründen zu können: die Bestellung einer Hypothek sei nicht eine in Erfüllung einer Verbindlichkeit

1) Geschäftseinheitstheorie, aber sehr str.
(vgl. Palandt, 139,4; RGR-Komm. A2, Abs. 3)

bestehende, nicht rückforderbare Leistung (§ 817,2 letzter Halbsatz), sondern eine Leistung "in Eingehung einer Verbindlichkeit", die nach § 817,2, 2.Halbsatz, rückforderbar sein müsse¹⁾. Grundlage dieses Ergebnisses ist die Rücksichtnahme auf die enge Verbundenheit von Hypothek und schuldrechtlicher Forderung²⁾. Der Versprechende kann nun also sowohl auf Befreiung von der Verbindlichkeit klagen, als auch die Erfüllung einrede-weise verweigern. Wenn er allerdings bereits erfüllt hat, so ist die Rückforderung kraft Gesetzes ausgeschlossen. An einem Beispiel erläutert ergibt sich also im Falle der Bestellung einer Restkaufpreishypothek bei einem Bordellkauf folgende Lage: A. verkauft dem B. ein Bordell mit Grundstück, dessen wahrer Wert 60.000,-- M ist, für 90.000,-- M; B. bezahlt 60.000,-- M, für 30.000,-- M bestellt er dem A. eine Hypothek an dem Grundstück. A. kann nun nicht aus der Hypothek vorgehen, da der Kaufvertrag nach § 138 I nichtig ist und die Hypothek mangels einer zugrundeliegenden Forderung dem B. selbst als Eigentümergrundschuld zusteht (§ 1163 BGB). Auch eine Bereicherungsklage gegen B. könnte keinen Erfolg haben (§ 817,2). B. darf also das Grundstück für 60.000,--M behalten. Die Abwicklung des sittenwidrigen Geschäfts, wie sie die Parteien im Sinne hatten, wird nicht durch Zuhilfenahme des staatlichen Rechtsschutzes ermöglicht.

Dieses Ergebnis widerspricht nicht dem Gerechtigkeitsgefühl, wenn man bedenkt, daß meist der Teil des Kaufpreises, der vom Käufer nicht bar bezahlt, sondern durch die Bestellung einer Restkaufpreishypothek gesichert wird, gerade den Gewinn beinhaltet, den der Verkäufer eben dadurch erzielen wollte, daß er das Grundstück zum Zwecke des Bordellbetriebes verkauft. Versagt das Gericht hier die Hilfe, dem Verkäufer seinen durch das unsittliche Geschäft erstrebten Gewinn zuzusprechen, so ist dies nicht ungerecht.

1) Vgl. auch RGZ 71,434, das RGZ 68,103 zitiert

2) RG 73,145

In RGZ 71,436 - einem weiteren Bordellkauffall. - war der Kläger rechtlich und tatsächlich in der Lage, die Folgen des gegen die guten Sitten verstoßenden und daher nichtigen Kaufvertrages rückgängig zu machen. Der Beklagte hatte sich in bindender Weise zu dieser Rückgängigmachung bereiterklärt. Er wollte das Empfangene zurückgeben und das Bordell wieder zurücknehmen. Der Kläger dagegen weigerte sich, auf dieses Anerbieten einzugehen, er wollte vielmehr das Haus behalten, dagegen aber den Kaufpreis nicht zahlen, weil sich der Beklagte durch den Verkauf einer unsittlichen Handlung schuldig gemacht habe. Der Kläger wollte sich im vorliegenden Fall also auf § 817,2 stützen. Das Reichsgericht mußte hier, um ein tragbares Ergebnis zu erzielen, unter Abwägung der besonderen Umstände dieses Falles den Weg über die allgemeine Arglistenrede gehen. Es führte aus, daß der Kläger zuviel verlange, wenn er einerseits Befreiung von seiner Verbindlichkeit begehre, andererseits aber das auf unsittliche Weise Erlangte nicht herausgeben, sondern unentgeltlich behalten wolle. Dieses Verhalten sei arglistig und verstoße sowohl gegen die Grundsätze von Treu und Glauben als auch gegen alles Anstands- und Rechtsgefühl; ein solches Verhalten könne durch die Rechtsordnung nicht geschützt werden. Das Reichsgericht führt in dieser Entscheidung aus, daß Treu und Glauben und gute Sitte den gesamten Rechtsverkehr beherrschen und überall da zur Geltung kommen, wo mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber diese Grundsätze angewendet wissen will, um einem damit in Widerspruch stehenden Gebaren seinen Schutz zu versagen.

Im Gegensatz zu dieser Entscheidung steht das Urteil des RG in Bd.86 S.196, wo die Anwendung der allgemeinen Arglistenrede abgelehnt wurde; dies allerdings wiederum nur unter Hinweis auf die "besondere Lagerung des Falles". Hier hatten nämlich die Beklagten keine Abschlagszahlungen mehr geleistet, wollten vielmehr das Bordellgrundstück ohne weitere Zahlung behalten. Im Gegensatz zu RGZ 71,434 hatten sich die Beklagten in diesem Fall auch

nicht bereit erklärt, gegen Erstattung der bereits geleisteten Zahlungen das Grundstück herauszugeben. Zu Recht betrachtete das RG das Verlangen der Kläger, das Grundstück unter Einbehaltung der bezahlten Beträge herauszugeben, nicht als arglistig.

In RG JW 16,180 hatte die Beklagte auf den Kaufpreis erhebliche Zahlungen geleistet, andererseits aber aus dem Bordellgrundstück auch beträchtliche Nutzungen gezogen. Die Beklagte wollte nun zwar das Grundstück herausgeben, wenn ihr die bereits von ihr gezahlten Beträge zurückerstattet würden, sie wollte sich aber die Nutzungen nur im Umfang des gewöhnlichen Nutzungswertes anrechnen lassen. Dieses Verlangen hätte nun zu dem unbefriedigenden Ergebnis geführt, daß zwar die Klägerin, nicht aber die Beklagte das durch das unsittliche Geschäft Erlangte herauszugeben hätte. Um dies zu vermeiden, kam das RG über die "exceptio doli"¹⁾, deren grundsätzliche Anwendungsmöglichkeit im Rahmen des BGB in der Entscheidung des RG 58,556 bejaht worden ist, zur Anwendung der §§ 812, 818 ("gezogene Nutzungen").

Betrachtet man diese Zusammenstellung von Entscheidungen zum Bordellkauf, so kann festgestellt werden, daß die Anwendung des § 817,2 von der Rechtsprechung nach einigem Hin und Her nicht ohne Blick auf ein tragbares Ergebnis geübt worden ist.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen; das heutige Gerechtigkeitsempfinden fordert nämlich eine Gleichbehandlung beider Parteien und kann sich mit dem römisch-rechtlichen Satz "in pari turpitudine melior est causa possidentis" nicht zufriedengeben.²⁾ Auch Enneccerus-Lehmann³⁾ sehen die einzige Möglichkeit für eine Einengung des § 817,2 darin, wenn man diese Bestimmung "als Ausdruck der allgemeinen Arglisteinrede" und nicht als eine die allgemeine Geltung der §§ 242, 157 BGB durchbrechende Sondernorm ansieht. Man kann dann die Berufung

1) in älteren Entscheidungen für allg. Arglisteinrede gebraucht

2) Vgl. v. Tuhr AcP 120,1; Rumpf ebenda 117,315 f; ferner H. Lehmann Allg. T. § 27 III und § 25 III

3) SchuldR § 226,4

auf § 817,2 wenigstens in eklatanten Härtefällen, wie oben, mit der Einrede der Arglist bekämpfen. Solche Fälle werden grundsätzlich dann gegeben sein, wenn die Versagung der Rückforderung zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des durch die Leistung Bereicherten führen müßte.

Dem Rückfordernden ist auch nicht über § 985 BGB (und damit wäre § 817,2 ausgeschlossen)¹⁾ zu helfen; denn dieser Verstoß gegen die guten Sitten ergreift tatsächlich - wegen der abstrakten Natur des Übereignungsaktes nur das Grund- (=Kausal-) geschäft; eine Einigung über den Eigentumsübergang hat, wenn sie als ein für sich selbst bestehendes Rechtsgeschäft, losgelöst von dem durch sie zur Erfüllung gebrachten obligatorischen Grundgeschäft, angesehen wird, ihrem Inhalt nach nichts Sittenwidriges an sich. Ihr Gegenstand ist lediglich die Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung durch Übertragung des Eigentums von dem bisherigen Eigentümer auf einen anderen. Daraus folgt, daß eine Einigung über die Eigentumsübertragung auch dann nicht gegen die guten Sitten verstößt und daher nicht nichtig ist, wenn sie zur Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts von den Beteiligten erklärt worden ist. Das Reichsgericht führt - ähnlich wie in RGZ 63,184 - in RGZ 75,70 u.a. aus, daß der Wille des Gesetzes, im Falle des § 138 Abs.1 nur das Kausalgeschäft nichtig werden zu lassen, durch die Vorschrift des § 817 bestätigt werde. Denn wäre die zur Erfüllung eines sittenwidrigen Grundgeschäfts erklärte Einigung über eine Eigentumsübertragung gleichfalls wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, so würde das Eigentum an dem daraufhin Geleisteten auf den Empfänger nicht übergehen und vom Leistenden mit der Vindikationsklage des § 985 BGB zurückgefordert werden können. Indem aber das Gesetz in der Vorschrift des § 817 darüber Bestimmung trifft, wann ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe des zu einem unsittlichen Zweck Geleisteten gegenüber dem Empfänger ge-

1) Vgl. unter I 5

geben und wann er ausgeschlossen sein soll, läßt erkennen, daß es das Geleistete "trotz des sittenwidrigen Zwecks der Leistung als in das Eigentum des Empfängers übergegangen ansieht."

Ebenso entschied der 5. Strafsenat des Reichsgerichts in der JW 1907 S.548 Nr.1, wo ausgeführt wird, die Nichtigkeit ergreife nur das durch den Kauf begründete obligatorische Rechtsverhältnis; die auf sachenrechtlichem Gebiet liegenden Erfüllungsgeschäfte würden dagegen von der Unsittlichkeit des ihnen zugrundeliegenden Kausalgeschäfts nicht in dem Sinne beeinflusst, daß sie deswegen nichtig wären.

In RGZ 78,282, einer Entscheidung, die ebenfalls einen Fall des Bordellkaufs behandelt, wies das Reichsgericht die Revision des Klägers, der auf Herausgabe des Hauses, das zu Bordellzwecken gebraucht wurde, geklagt hatte, zurück und zwar gestützt auf § 817 S.2 BGB, da der Kläger selbst sittenwidrig gehandelt hatte. Das RG stellte sich dabei gegen die Begründung der Revision, die ausführte, daß der Grad des beiderseitigen Verstoßes gegen die guten Sitten abzuwägen und die Rückforderung zuzulassen sei, wenn dem Empfänger der Leistung der schwere Verstoß zur Last falle. Es begründete die Ablehnung dieses Standpunktes mit der Feststellung, daß eine solche Unterscheidung "dem Gesetz fremd" sei. Das Gesetz mache den Ausschluß der Rückforderung nur davon abhängig, daß auf Seiten des Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege; wenn diese Voraussetzung gegeben sei, so komme es - wie auch sonst bei den gesetzlichen Folgen eines solchen Verstoßes - auf das höhere oder geringere Maß eines solchen verwerflichen Verhaltens überhaupt nicht an.

Wenn nun auch in dieser Entscheidung anscheinend der Gedanke zum Ausdruck kommt, daß die Grundsätze von Treu und Glauben wegen des Strafcharakters der Bestimmung nicht herangezogen werden könnten, so ist hier dem RG doch wenigstens insoweit zuzustimmen, als es ein A b w ä g e n des beiderseitigen Verstoßes ablehnt. Wollte man es nämlich in Fällen dieser Art auf ein Ab-

wägen des Verschuldens und damit des Maßes der von beiden Teilen begangenen Gesetzes- oder Sittenverstöße ankommen lassen, so würde man damit dem Zivilrichter eine wohl unlösbare Aufgabe stellen: wie sollte er die inneren, meist rein spekulativen Überlegungen der Vertragspartner ergründen und miteinander vergleichen können? Dem steht nun aber auf der anderen Seite der in der Entscheidung RGZ 71,436 zum Ausdruck gebrachte Gedanke **n i c h t** entgegen, daß in besonderen Fällen, in denen sich der eine Vertragspartner arglistig verhält und dieses Verhalten offensichtlich gegen Treu und Glauben und gegen "alles Anstands- und Rechtsgefühl" verstößt, § 242 BGB im Rahmen des § 817 BGB herangezogen werden muß.¹⁾ Der Strafcharakter dieser Bestimmung wird dadurch keinesfalls mißachtet, da es erstens zu der verbotenen oder sittenwidrigen Geschäftsabwicklung wegen dieser Vorschrift nicht kommt, und weil es zweitens unter Umständen möglich sein **k a n n**, daß derjenige, der bereits geleistet hat, seine Leistung wegen der Einwendung der allgemeinen Arglist nicht zurückverlangen kann. Dies wird allerdings regelmäßig dann nicht der Fall sein, wenn die Versagung der Rückforderung eine ungerechtfertigte Bereicherung des Leistungsempfängers darstellen würde und diese allem Gerechtigkeits- und Rechtsempfinden wegen seines **o b j e k t i v e n M i ß e r g e b n i s s e s** zuwiderlaufen würde.

Wann aber Fälle dieser Art vorliegen, wann also im Rahmen des § 817 BGB wegen eines besonderen Härtefalles die allgemeine Arglisteinrede Platz greifen soll - und wann nicht, das muß und kann dem Zivilrichter zur Entscheidung überlassen werden. Letztlich handelt es sich eben um die Frage der Heranziehung des § 242, der trotz seines weitgefaßten Inhalts bisher in der Rechtsprechung keine Unsicherheit hervorgerufen hat und nur in äußerst seltenen Fällen und mit Bedacht angewendet wird. Der Rechtsunsicherheit würde jedenfalls mit dieser Lösung mehr vorgebeugt, als wenn man ein Abwägen des beiderseitigen Verschuldensgrades zuließe, was die Rechtsprechung zu Recht ablehnt.

1) Ebenso im Ergebnis Ermann-Seiler 817,3d

Der ganze Problemkreis des Bordellkaufs wäre aber auf andere Weise aus der Welt zu schaffen, wenn man von dem in der Rechtsprechung verhärteten Grundsatz abginge, Bordellkäufe überhaupt als sittenwidrige Geschäfte anzusehen. Es handelt sich in Fällen dieser Art doch um nichts anderes als um Begleiterscheinungen unseres modernen Gesellschaftslebens, die mehr oder weniger stillschweigend geduldet werden.

Bedenklich mag auch folgendes erscheinen: kauft jemand ein Grundstück mit Haus, in dem bereits ein Bordell betrieben wird und gedenkt er es fortzuführen, so soll das Geschäft aus der Zusammenfassung von Beweggrund und Inhalt (und Zweck) als sittenwidrig gelten, da beide Parteien subjektiv und objektiv gegen die guten Sitten verstoßen. Dabei wird in diesem Falle nur ein bereits bestehendes Bordell in andere Hände übertragen; die Gesellschaft erleidet dadurch keinen zusätzlichen moralischen Schaden. Erwirbt dagegen jemand ein Grundstück mit Haus, in dem noch kein Bordell betrieben wird, plant er aber, in dem erworbenen Haus ein solches zu eröffnen, so ist dieses Geschäft nicht sittenwidrig, weil es das einseitige Motiv des Käufers nach § 138 I nicht zu vernichten vermag. Dabei wird in diesem Fall der Gesellschaft mehr moralischer Schaden zugefügt, weil sich der Bestand der bereits vorhandenen Bordelle um ein weiteres vermehrt. Es wäre also zu überlegen, ob man auf die Dauer wirklich daran festhalten soll, Bordellkäufe als sittenwidrig zu betrachten.

2.) Das wucherische Darlehen

Hier handelt es sich um Fälle, bei denen die Nichtigkeit sowohl das obligatorische als auch das dingliche Geschäft trifft, um den Tatbestand des § 138 II BGB, dessen Nichtigkeitsfolge auch das Verfügungsgeschäft ergreift und zwar wegen des Ausdrucks "...gewähren läßt" (so die st.Rspr. und h.M.).

Die Behandlung dieser Darlehen hat geschwankt. Bis zum Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs konnten beim wucherischen Geschäft beide Vertragspartner

ihre Leistung durch Geltendmachung des Kondiktionsanspruchs (Art.3 des WuchG vom 24.5.80/19.6.93), also auch der Wucherer die Darlehenssumme zurückverlangen. Auf Grund des BGB hat dann das Reichsgericht lange Zeit dem Wucherer die Rückforderung seines Kapitals versagt.

In RGZ 57,96 führte das RG zunächst aus, daß aus der Nichtigkeit eines auf Sachleistung gerichteten obligatorischen Vertrages nicht mit Notwendigkeit auch die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts folge. Im Falle dieser Entscheidung hatte aber der Kläger unter Ausbeutung mißlicher Umstände (§ 138 Abs.2 BGB) nicht nur dem Beklagten das Versprechen der Eigentumsübertragung abgenommen, sondern diese schließlich auch erlangt. Das Reichsgericht wertete nun zu Recht auch diese als einen Vorteil, der sich als ein unmittelbarer und gewollter Erfolg des gegen die guten Sitten verstoßenden Handelns des Wucherers darstellte. Das RG sagt dann weiter, daß in § 138 II ausdrücklich neben der Entgegennahme des Versprechens von Vermögensvorteilen auch deren Gewährung genannt sei. In letzterer Richtung aber könne nicht wieder unterschieden werden zwischen dem dinglichen Geschäft als solchem und dem obligatorischen Geschäft andererseits. Richtig ist, daß der Erfüllungsakt einschließlich des dinglichen Geschäfts, in welchem er sich verkörpert, als nichtig zu betrachten ist.¹⁾ Mit der Frage, wann die Sittenwidrigkeit des obligatorischen Geschäfts auch die des dinglichen ergreift, hat sich das Reichsgericht u.a. auch in RGZ 145,152 auseinandergesetzt und festgestellt, daß auch das dingliche Geschäft ergriffen werde, wenn gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang unsittliche Zwecke verfolgt werden oder daß gerade in ihm die Unsittlichkeit begründet ist. "§17 findet aber natürlich erst recht Anwendung, wenn beide Geschäfte wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder

1) a.A. Förster, Das Recht, 1905 S.357: § 138 solle nur das obligatorische Geschäft ergreifen, § 817 nur das dingliche, aber ganz gegen h. L.

ein gesetzliches Verbot nichtig sind."

Problematisch wird die Rechtslage, wenn beim Wucher-
geschäft, das wie vorstehend ausgeführt, das obliga-
torische und das dingliche Geschäft nichtig macht (und
zwar sowohl die Leistung des Bewucherten als auch die
des Wucherers!)¹⁾, der darlehensweise hingeebene Kapi-
talbetrag zurückgefordert wird; wie steht es dann mit
§ 817?

Hierzu sei die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ
151,70 genannt: Der VII. Zivilsenat des RG hat in sei-
nem Urteil vom 27.3.36 dahin entschieden, daß die auf
§ 812 gestützte Klage eines Darlehensgebers auf Rückge-
währ des darlehensweise hingeebenen Geldbetrags abzu-
weisen sei, weil zwar das Darlehensgeschäft wegen Wu-
chers (§ 138 II) nichtig sei, aber doch der an sich aus
§ 812 zu folgernden Rückforderung der Leistung des Geld-
gebers die Vorschrift des § 817 S.2 entgegenstehe. Weiter
führt das RG aus: der Zweck der Leistung des Wucherers
müsse bei der Hingabe eines Darlehens zu wucherischen
Bedingungen als dahin bestimmt gelten, daß der Wucherer
nicht allein durch das Versprechen, das er sich geben
läßt, sondern auch durch seine eigene Leistung den Be-
wucherten ausbeutet. Es gehe nicht an, für die Anwendung
des § 817 S.2 das Sichversprechenlassen von Leistungen
des Bewucherten und die Leistung des Wucherers, die nur
beide zusammen den wucherischen Zweck zu verwirklichen
bestimmt und geeignet seien, auseinanderzureißen. Da,
wo der Leistende das Bewußtsein gehabt habe, unsitt-
lich zu handeln, sei ihm ein Anspruch auf Rückforderung
des Geleisteten versagt.

Das RG hat daher in dem zitierten Fall die Klage auf
Rückgewähr des Darlehenskapitals abgewiesen. In einem
dem V.Zivilsenat des Reichsgerichts vorliegenden Rechts-
streit²⁾ trat die Frage auf, ob die Rückforderung des Dar-
lehens auszuschließen sei, wenn nach Inhalt einer rechts-
kräftigen Entscheidung das Darlehensgeschäft nichtig ist,

1) Vgl. Palandt zu § 138,4b und RGZ 161,55 f

2) RGZ 161,52 ff

weil die Leistung des Darlehensgebers und die Gegenleistung des Empfängers in auffälligem Mißverhältnis zueinander standen und bei dem Darlehensgeber zwar nicht die subjektiven Begriffsmerkmale des Wuchers festzustellen waren, er sich aber doch in grobfahrlässiger Leichtfertigkeit der Erkenntnis der beim Darlehensnehmer bestehenden mißlichen Umstände und unlauteren Beweggründe verschlossen hatte, die diesen zum Abschluß des für ihn sehr ungünstigen Darlehensvertrages veranlaßt hatten.

Folgt das RG hier zwar in einigen Punkten (so z.B. darin, daß § 817,2 nicht nur eine Ausnahme von Satz 1, sondern eine allgemeine Regel für alle Bereicherungsansprüche darstellt; § 817,2 auch auf Darlehenswucher anwendbar) der früheren Rechtsprechung¹⁾, so weicht es doch im wesentlichen von der zuletzt genannten Entscheidung ab, wenn es ausführt, daß die Folgerung nicht zu billigen sei, die die Rückforderung des Darlehenskaptals verneint. Bei der Entscheidung hierüber komme es auf die richtige Erkenntnis an, was nun eigentlich die Leistung des Darlehenswucherers im Sinn des § 817 S.2 sei, die er zum Zwecke der Erzielung des Wuchergewinns mache. Beim Darlehen werde Geld oder andere vertretbare Sachen dem Empfänger mit der Verpflichtung zur Rückerstattung, also nur zu zeitlich begrenzter Nutzung des darin steckenden Wertes überlassen. Das rechtstechnische Mittel hierfür sei die Übertragung des vollen Eigentums, dieses bleibe aber doch immer belastet mit der Verpflichtung zur demnächstigen Rückgewähr. Diese dingliche Übertragung und die mit ihr aufs engste verbundene Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe, bilden eine Einheit, wie das RG ausführt, die bei Anwendung des § 817 S.2 nicht auseinandergerissen werden darf, sondern nur in ihrer Verbundenheit als die Leistung betrachtet werden kann, über deren Rückforderung sich jene Vorschrift äußert.

Mit der zeitweiligen Überlassung des Darlehenskaptals

1) insbesondere der Entscheidung in Bd.151,70

soll dem Darlehensnehmer natürlicherweise nur eine "vorübergehende Nutzung" zukommen; die Gegenleistung dafür erbringt er durch die Zahlung von Zinsen. Selbstverständlich kann, wie das Reichsgericht in der zitierten Entscheidung überflüssigerweise hervorhebt, die spätere Rückzahlung der Darlehenssumme in der geschuldeten Höhe nicht als Gegenleistung für deren Empfang gewertet werden, sie sei vielmehr nur die Erfüllung der Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag.

Es ergibt sich also auf der einen Seite als Leistung die Gewährung eines gewissen Kapitalbetrages für gewisse Zeit, auf der anderen Seite die Nutzungsvergütung (meist Zinsen) für die Überlassung dieses Kapitals. Wenn nun der Wucherer dem Bewucherten die Geldsumme zeitweilig überläßt, so liegt gerade hierin die Unsittlichkeit seiner Handlung, weil durch sie der unsittliche Gewinn erzielt werden soll. Betrachtet man nun mit dem RG diese Situation im Hinblick auf § 817,2, so liegt die Leistung des Darlehensgebers eindeutig in dieser vorübergehenden Belassung des Kapitals zur Nutzung, deren Rückforderung dem Wucherer, falls auch die subjektiven Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift vorliegen¹⁾, gerade wegen des sittenwidrigen Zwecks der Hingabe zu versagen ist. Das Reichsgericht zieht dann aus § 817 den rechtlichen Schluß, daß der Darlehenswucherer dem Bewucherten diese zeitweilige Ausnutzung des Kapitals trotz Nichtigkeit des Darlehensgeschäfts nicht entziehen kann; er muß ihm das Kapital solange belassen, wie es bei Gültigkeit des Geschäfts der Fall gewesen wäre, also bei einem auf bestimmte Zeit vereinbarten Darlehen, für eben diesen Zeitraum, sonst mit Einhaltung der vereinbarten oder gesetzlichen Kündigung. Damit wird, wie das RG betont, nicht etwa die Gültigkeit eines Teils des Vertrages angenommen, es ist dies vielmehr lediglich eine Folge der in § 817 S.2 für alle Arten von Bereicherungsansprüchen enthaltenen gesetzlichen Regelung. Richtig ist, daß dem Bewucherten ein in nichts begründeter Vermögens-

1) Vgl. unter II A 1

vorteil erwachsen würde, wollte man ihm die Berufung auf § 817 S.2 gestatten und damit eine Verweigerung der Kapitalrückzahlung für immer zugestehen. Bezüglich der Zinsregelung entschied das Reichsgericht, daß für die Zeit, während der der Wucherer dem Bewucherten die Kapitalnutzung belassen muß, kein Anspruch des Wucherers auf Zinsen oder sonstige Vergütungen besteht; auch nicht auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen: die vereinbarten Nutzungsvergütungen nämlich entfallen wegen der Vertragsnichtigkeit, die Vorschriften aber über gesetzliche Zinsen greifen nicht ein, solange dem Darlehensnehmer die Nutzung des Darlehensbetrags auf Grund der Sonderregelung des § 817 S. 2 nicht entzogen werden kann.

Unter Berufung auf den Strafzweck des § 817 im Rahmen des bürgerlichen Rechts¹⁾ läßt es das Reichsgericht in RGZ 161,52 ff gerechtfertigt erscheinen, dem Wucherer die Nutzungen abzusprechen, die er mit seinem sittenwidrigen Gebaren in einem seinen Leistungen nicht entsprechenden Übermaß zu erlangen suchte.

Dieses Ergebnis des Reichsgerichts in Bd.161, daß dem wucherischen Darlehensgeber die auf § 812 BGB zu gründende Rückforderung der ausgezahlten Darlehenssumme durch die Vorschrift des § 817 S.2 nicht endgültig verschlossen ist, bedeutet eine Ablehnung des Standpunkts, den der VII. Zivilsenat des Reichsgerichts in RGZ 151,70 ff zu dieser Frage vertreten hat.

Die Auffassung des Großen Senats hat ihre Vorläufer in zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts über die Rückforderung von Sicherungsübereignungen oder sonstigen treuhänderischen Zuwendungen, deren Vereinbarung und Hingabe wegen Verstoßes gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten nichtig waren. In ihnen war ausgesprochen worden, daß eine Leistung im Sinn des § 817,2 nur dann vorliegt, wenn Vermögensvorteile gewährt werden, die e n d g ü l t i g in das Vermögen des Empfängers übergehen; nicht aber dann, wenn es sich um Vermögensvor-

1) mit Verweisung auf RGZ 105,271

teile handelt, die nur zu vorübergehenden Zwecken, belastet mit einer Rückgabepflicht, übertragen werden.

Der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 161,52 muß zugestimmt werden, nicht zuletzt deswegen, weil auch ihr Ergebnis mit dem Gerechtigkeitsgefühl in Einklang steht. Die Auffassung des Reichsgerichts in RGZ 151,70 geht, wie heute eingesehen wird, viel zu weit: zwar hat die Vorschrift des § 817 Strafcharakter¹⁾, aber doch nur insoweit, als es die Grenzen des bürgerlichen Rechts erlauben. Dem Wucherer aber die Rückforderung des gewährten Darlehens ganz abzusprechen, geht meist erheblich über die Grenze einer eventuell im Strafverfahren nach dem StGB zu erwartenden Geldstrafe hinaus, und verschafft zudem dem Darlehensnehmer einen nicht verdienten Vorteil. Dem Strafcharakter dieser Vorschrift ist damit Genüge getan, daß man - wie es das RG in der zuletzt zitierten Entscheidung getan hat - dem Wucherer jeden Anspruch auf Zinsen etc. abspricht, daß er also sein Geld ohne jeglichen Gewinn erst nach der vertragsmäßig ausbedungenen Zeit zurückbekommt und damit in der Regel auch einen Verlust haben wird, weil er sein Kapital nicht anderweitig zinsbringend anlegen konnte. Dieser "Strafrahmen" ist aber auch im bürgerlichen Recht vertretbar.

3.) Schwarzkäufe und Käufe, die gegen Preisbeschränkungen verstoßen

a. Schwarzmarktgeschäfte:

Im Anschluß an die wucherischen Darlehen müssen auch die anderen aus verwerflicher Gesinnung heraus gewährten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Darlehen (insbesondere Schwarzmarktgeschäfte) behandelt werden, da sie das Problem mit sich bringen, ob die Grundsätze, die das Reichsgericht in RGZ 161,52 ff für das wucherische Darlehen entwickelt hat, auch auf ein zur Finanzierung von Schwarzmarktgeschäften gegebenes Darlehen Anwendung fin-

1) Vgl. unter I 2; Esser (1960) § 193,1 verneint Strafcharakter, da für Zivilrecht unhaltbar;

den können.

Hierzu sei das Urteil der 1. Zivilkammer des LG Göttingen vom 6.11.1950 in MDR 51,161 zu einem Fall genannt, in dem der Darlehensvertrag sowohl nach § 134 wie nach § 138 Abs.1 BGB nichtig war, weil es sich um ein Darlehen handelte, das zur Finanzierung von Schwarzmarktgeschäften gegeben worden ist. Das LG meinte, daß die Klägerin in dem zur Entscheidung vorliegenden Fall ihren Rückgabeanspruch nur auf ungerechtfertigte Bereicherung stützen könne, weil der Darlehensvertrag nichtig sei. Diesem Anspruch stehe aber die Vorschrift des § 817 S.2 entgegen, deren Anwendung die Vorinstanz zu Unrecht unter Berufung auf RGZ 161,52 abgelehnt hätte. Für die Beurteilung der Frage nämlich, ob einem Rückgabeanspruch § 817,2 entgegensteht, ist nach dem LG Göttingen von dem Grundgedanken dieser Norm auszugehen, daß nämlich derjenige, der mit seinem Geschäft bewußt gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt, Rechtsschutz für diese Geschäfte nicht in Anspruch nehmen kann.

Es wäre - wie auch der Oberste Gerichtshof ausgeführt hat¹⁾ - mit der staatlichen Autorität nicht zu vereinbaren, wenn bewußten Rechtsbrechern zur Regelung ihrer aus verbotenen Geschäften entsprungenen Streitigkeiten der Schutz der Gerichte zur Seite stünde.

Diesen Grundsatz hätte auch der Große Zivilsenat des Reichsgerichts in RGZ 161,52 nicht durchbrochen, bemerkt das LG, obwohl hier die Rückforderung eines wucherischen Darlehens für zulässig erklärt worden sei. Nach dem LG Göttingen beruht diese Entscheidung des RG darauf, daß das RG im Sonderfall des Wuchers die sittenwidrige Leistung nicht in der Hingabe des Geldes, sondern lediglich in seiner Überlassung zur zeitweiligen Nutzung sieht. Für den Fall des Wuchers liege in der bloßen Hingabe der Darlehenssumme in der Tat noch kein Sittenverstoß. Erst dadurch aber, daß der Darlehensgeber für die Überlassung des Geldes eine unangemessene Gegenleistung fordere und den Darlehensempfänger ausbeu-

1) DRspr. I 144,1002

te, hafte seinem Handeln der Makel der Sittenwidrigkeit an. Umgekehrt verstößt nach dem RG, wie oben angeführt, der Bewucherte, auch wenn er den wucherischen Charakter des Geschäfts kennt, durch die Entgegennahme des Darlehens und durch die Zahlung der Wucherzinsen nicht gegen die guten Sitten, so daß er die gezahlten Zinsen ebenfalls zurückverlangen kann.

Das LG spricht nun (vgl.oben) dem Darlehensgeber seinen Rückforderungsanspruch im Fall eines Schwarzmarktgeschäfts nach § 817 S.1 wegen Satz 2 der gleichen Vorschrift ab; desgleichen versagt es in dieser Entscheidung dem Darlehensnehmer im Gegensatz zu der vom RG zitierten Entscheidung (Wucherfall) einen Anspruch auf Rückforderung der von ihm bereits bezahlten Zinsen. Das LG Göttingen geht hier in der Begründung im wesentlichen von dem schon vom RG und auch vom BGH wiederholt betonten Grundgedanken der Vorschrift des § 817 aus, daß nämlich durch diese Bestimmung ein Quell unerfreulicher Streitigkeiten verstopft werden solle und demjenigen die Berufung auf die §§ 134 oder 138 BGB und damit der Rechtsschutz versagt werden müsse, der selbst gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen habe. Diesen Grundgedanken nun auf jeden in der Praxis vorkommenden Fall starr anzuwenden, führt auch hier nicht immer zu erfreulichen Ergebnissen; deswegen hat sich zur Vermeidung von Härten auch auf dem Gebiet der Schwarzmarktgeschäfte eine recht unterschiedliche Rechtsprechung ergeben.

Mit dem oben zitierten Urteil des LG Göttingen stimmt ein älteres, vor der bemerkenswerten Entscheidung in RGZ 161,52 ff ergangenes Urteil des RG in RGZ 97,85, überein. Hiernach kann sowohl der Darlehensempfänger zur Rückgabe des Darlehens wie der Wucherer zur Rückgabe der Wucherzinsen verurteilt werden, und somit ein billiges Ergebnis erzielt werden, ohne damit ein sittenwidriges Handeln rechtlich zu schützen. Anders aber wird die Rechtslage behandelt für den Fall der Darlehensgewährung zur Finanzierung von Schwarzmarktgeschäften. Hier sei nämlich bereits die H i n g a b e des Geldes diejenige

Leistung, die den Charakter der Sittenwidrigkeit trage, weil der Darlehensgeber hierdurch den von beiden Parteien angestrebten verwerflichen Erfolg selbst mit herbeiführe und sich damit zugleich außerhalb der Rechtsordnung stelle. Im Falle des Schwarzmarktgeschäfts verstößt nach dieser Entscheidung andererseits auch der Darlehensnehmer durch die A n n a h m e des Geldes und durch die spätere Weitergabe des Geschäftsgewinns gegen das Gesetz und gegen die guten Sitten, so daß er die von ihm für die Gewährung des Darlehens gemachten Gegenleistungen ebenfalls nicht zurückverlangen konnte. Weiter das RG: "Hier wird ein im Einklang mit dem Rechtsgefühl gehendes Ergebnis eben dadurch erzielt, daß der Richter weder dem einen noch dem anderen Teil seine Hilfe leiht." Im Hinblick auf die Vorschrift des § 817,2 konnte somit in dem gegebenen Fall weder die Klägerin das gewährte Darlehen, noch der Beklagte die gezahlten Zinsen und die Warenlieferungen zurückverlangen. In RGZ 97,85 und dem sich daran anschließenden Urteil des LG Göttingen werden also wucherisches Darlehen und Darlehen zur Finanzierung von Schwarzmarktgeschäften verschieden behandelt.¹⁾

Anderer Ansicht ist das LG Lüneburg²⁾, das die Grundsätze des RG in RGZ 161,52 auch auf Schwarzmarktgeschäfte anwendet, wenn es ausführt: "...hält man aber aus den Gründen, wie sie das RG in 161,52 darlegte, den Wucherer für berechtigt, die Darlehenssumme zurückzuverlangen, dann muß das Gleiche für andere Fälle verpönter Darlehen gelten, also auch bei Darlehen zur Finanzierung von Schwarzmarktgeschäften..."

Vergleicht man nun etwa das Ergebnis des Urteils des Landgerichts Göttingen mit dem des LG Lüneburg, so wird die Entscheidung, welches wohl dem Gerechtigkeitsgefühl mehr entspricht, nicht schwer fallen: zweifellos kommt das LG Lüneburg einem sinnvollen Ergebnis näher.

1) Vgl. hierzu auch die Entscheidung des OLG Frankfurt in NJW 47/48,144

2) Ham.Rpfl.47,49

Zwar kann und darf die Entscheidung über eine strittige Rechtslage nicht ausschließlich davon beeinflußt werden, welches Ergebnis dem Gerechtigkeitsgefühl mehr entspricht, wenn etwa gesetzliche Vorschriften eindeutig eine andere Entscheidung fordern. Im Falle des § 817 aber muß man, und dies ist von der Rechtsprechung laufend befolgt worden, nicht nur vom Sinn dieser Vorschrift ausgehen, sondern man muß auch - und dies ist von der Rechtsprechung bis jetzt meist zu wenig berücksichtigt worden - einer Gerechtigkeitsüberlegung im Hinblick auf ein zufriedenstellendes Ergebnis Raum lassen. Die Entscheidung des LG Lüneburg aber steht dem Sinn des § 817 nicht entgegen und bringt eine befriedigendere Lösung zuwege. Das LG Göttingen dagegen, das bei Darlehensgewährung zur Finanzierung von Schwarzmarktgeschäften anders als beim Wucherdarlehen entschieden haben will, unterstellt dem RG (161,52) eine andere Begründung: beim Darlehenswucher liege die Sittenwidrigkeit allein im Sichversprechenlassen übermäßiger Vorteile, aber nicht in der Hingabe der Darlehenssumme. Das RG ist aber gerade dieser Auffassung wohl mit Recht entgegengetreten.¹⁾ Die Darlehenshingabe verstößt, von der Seite des Gebers gesehen, ebenso gegen die guten Sitten, mag sie nun dazu bestimmt sein, das wucherische Geschäft zustandezubringen, den Empfänger auszubeuten, etwa ihn um sein Grundstück zu bringen (wie im Fall RGZ 151,73), oder im Zusammenwirken mit dem Empfänger Dritte auszubeuten und Vorteile aus Schwarzmarktgeschäften zu ziehen. Es bliebe nach wie vor mißlich, dem Schwarzmarkthändler, also dem anstößig Handelnden, die empfangene Darlehenssumme zu belassen, die der Bewucherte, der seinerseits nicht sittenwidrig gehandelt hat, herauszuzahlen hat.

Caemmerer weist in seiner Bemerkung zum Urteil des LG Göttingen in MDR 51,161 darauf hin, daß trotz allgemeiner Zustimmung zum Urteil des RG's im 161.Bd. ein gewisses Unbehagen verbleibe. Wer wucherisch Geld ausleihe,

1) Vgl. die besprochenen Entscheidungen 151,71; 161,52 ff

wer verbotene Geschäfte finanziere, wer leihweise das zu ihrer Durchführung Gebrauchte zur Verfügung stelle, bekomme vorbehaltlich strafrichterlichen Eingreifens das "Verliehene" zurück, da seine Leistung nur die Gebrauchsüberlassung gewesen sei. Sein Eigentum hätte er dem Empfänger niemals belassen wollen. Wer dagegen den Kaufpreis vorausbezahle oder unter Vorauszahlung den Auftrag zu Schwarzeinkäufen gebe oder sich an solchen mit einer Einlage beteilige, verliere sein Geld, obwohl er es auch nur bedingt aus der Hand hätte geben wollen. v.Caemmerer stellt zu Recht fest, daß in Fällen der aufgezeigten Art die Grenzen fließend sind. Oft verdeckt ein sogenanntes Darlehen eine Geschäftsbeteiligung, die eine Aberkennung des Rückforderungsanspruchs unter diesem Gesichtspunkt nach dem LG Göttingen als berechtigt erscheinen ließe.

Richtig ist, daß man, wollte man in vollem Umfang mit dem Grundsatz Ernst machen, daß derjenige, der mit seinen Geschäften bewußt gegen das Gesetz verstößt, Rechtsschutz für sich nicht in Anspruch nehmen kann, konsequenterweise dem Kläger den Rechtsschutz für alles, was er aus der Hand gegeben hat, versagen müßte. Das geht aber über § 817 S.2 hinaus. v.Caemmerer hält diesen Schritt nur dann für vertretbar (um Zufallsergebnisse und Härten zu vermeiden), wenn die Möglichkeit bestünde, die Schwere der beiderseitigen Verstöße gegeneinander abzuwägen. Er scheint zu bedauern, daß die deutsche Judikatur dies bis heute abgelehnt hat.

Auch hier ist wieder die schon öfters erwähnte Möglichkeit angedeutet worden, zur Vermeidung sinnwidriger Ergebnisse eine dem Strafcharakter des § 817 durchaus nicht entgegenstehende Anwendung des § 242 BGB im Rahmen dieser Vorschrift, solange nicht eine neue gesetzliche Regelung diesem Streit ein Ende schafft, zu befürworten. Will man den § 817,2 streng in allen Fällen beiderseitigen Sitten- oder Gesetzesverstößes heranziehen, so bestraft man zwar den einen aus verwerflicher Gesinnung heraus handelnden Vertragspartner, belohnt aber zugleich oft den anderen, der sich des Zufalls erfreuen

kann, daß nach der Bestimmung des § 817 der Vorleistende auf eigene Gefahr handelt. Verstoßen beide Parteien gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten, so ist es die vornehmste Aufgabe des Zivilrichters mit Hilfe von § 242 das "Strafmaß" des § 817 zu bestimmen, indem er nämlich von Fall zu Fall entscheidet, wann die Rückforderung gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, wann insbesondere die Rückforderung ein arglistiges Verhalten darstellen würde. Verschließt man sich dieser Ausweichchance, so werden entgegengesetzte Entscheidungen und Unsicherheit in der Rechtsprechung kein Ende finden.

Mit der Anwendung des § 242 im Rahmen des § 817 läßt sich dann auch die Frage der Zinsen beim Wucher- und beim Schwarzmarktgeschäftsdarlehen lösen: Beim Wucherdarlehen soll der Bewucherte seine bereits bezahlten Zinsen wieder zurückverlangen können, da nicht ihn, sondern den Darlehensgeber der Vorwurf der Sittenwidrigkeit trifft; der Darlehensgeber ist mit der zinslosen Belassung des Wucherdarlehens für die vertraglich ausbedungene Zeit bestraft. Beim Schwarzmarktgeschäft soll der Darlehensnehmer das Darlehen zurückzahlen müssen, der Darlehensgeber die eventuell bereits bezahlten Zinsen. Wie oben erwähnt, wäre es eine unverdiente Belohnung, wenn der Darlehensnehmer, der ebenso nach § 134 oder § 138 BGB verstoßen hat, das Geld behalten dürfte; dasselbe gilt aber auch für den Darlehensgeber bezüglich der Zinsen. Wenn er schon das Kapital zurückerhält, dann muß er sich den Abzug der bereits erhaltenen Zinsen gefallen lassen. Wie v.Caemmerer (aaO) richtig ausführt, kann hier die Saldotheorie unbedenklich angewendet werden.¹⁾

b. Preisverstöße beim Kauf unbeweglicher Sachen

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte die Ansicht vertreten, daß bei Gütern, die "Gegenstand des regelmäßigen Handelsverkehrs" waren, die Überschreitung des nach den preisrechtlichen Vorschriften zulässigen Höchst-

¹⁾ Vgl. auch RG Warn 1915 No 199 = JW 15.918;
RG Seuff. A 77 No 137 S.212

preises nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern die Gültigkeit in Höhe der nach den Preisvorschriften zulässigen Stoppreise mit sich bringe¹⁾.

Ob dieser Gedanke auch auf den Grundstücksverkehr Anwendung finden sollte war umstritten:

Wie das Reichsgericht in RGZ 165,385 (393) ausführte, bestehen zwischen dem Kauf einer Handelsware und dem eines Grundstücks wirtschaftliche und weltanschauliche (?) Unterschiede, die für die Beantwortung der Frage, ob bei Grundstückskäufen ein Verstoß gegen die Preisstopverordnung die Herabsetzung des Preises auf das richtige Maß oder vielmehr die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge habe, von Bedeutung sein können.

In RGZ 166,89 (95 ff) und in RGZ 168,91 (96) hat das RG nach anfänglichem Schwanken die Übertragung des oben erwähnten Grundsatzes auf Grundstücksverkäufe abgelehnt. Es stellte folgende Überlegung an: Während Handelswaren bestimmungsgemäß früher oder später doch zu dem gesetzlich zulässigen Preis verkauft werden müßten, seien Grundstücke ihrem Wesen nach nicht zum Umsatz bestimmt, die Belange des Volksganzen forderten im Gegensatz zu Handelswaren bei Grundstücken nicht, daß sie dem Verkehr zugeführt werden. Andererseits sei die Höhe des Grundstückspreises für den Entschluß des Eigentümers, überhaupt zu verkaufen, von entscheidender Bedeutung, der preisrechtlich zulässige Preis häufig nicht ohne weiteres zu ermitteln. Dem Verkäufer könne daher nicht zugemutet werden, sein Grundstück wider Erwarten zu einem geringeren als dem vorgesehenen Preis abzugeben. Würden Grund und Boden für öffentliche Zwecke notwendig gebraucht, so bestehe die Möglichkeit der Enteignung. Daher müsse es beim Schwarzverkauf von Grundstücken bei der aus § 134 BGB sich ergebenden Regelung, nämlich der Nichtigkeit eines preisrechtlich unzulässigen Kaufbetrags bleiben.

Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte beim Schwarzkauf, bei dem die Vertragsparteien mit Absicht

1) Vgl. RGZ 88,251 und 89,198 zit. unter II A 3c

einen falschen Kaufpreis beurkunden, zur Folge, daß die Aufdeckung des wahren Sachverhalts den Käufer des Grundstücks gefährdete: § 817 S.2 sprach ihm seinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises ab (wegen eigenen Gesetzesverstoßes), während gerade wegen der Nichtigkeit auch der Auflassung der Verkäufer seinerseits die Rückgabe des ihm verbliebenen Eigentums mit der Vindikationsklage betreiben konnte; diesem Begehren konnte dann auch nicht § 817 S.2 entgegengehalten werden. Dem Käufer war daher sehr daran gelegen, an der Vertuschung des wahren Sachverhalts mitzuwirken, obwohl eine Falschbeurkundung meist im Interesse des Verkaufenden vorgenommen wurde, der für sein Grundstück einen höheren als den zulässigen Kaufpreis erzielen wollte. Die Anwendung der Vorschriften des BGB hatte daher ein "Bündnis der Vertragsparteien gegen die Preisbehörden"¹⁾ zur Folge, was die Arbeit der Preisüberwachungsstellen erschwerte und auch die Stabilität der Grundstückspreise gefährdete. Diese Entwicklung wollte der Gesetzgeber dadurch aufhalten, indem er die VO vom 7. Juli 1942 schuf, mit deren §§ 4 und 5 er dem Käufer das Aufdecken des Geschäfts dadurch schmackhafter machen wollte, daß er ihm das Recht zur Rückforderung des unzulässigen Mehrerlöses zusprach. Eine Ausschaltung der Vorschrift des § 817 BGB war damit aber unvermeidbar.²⁾ Wie der BGH in seinem Urteil in Bd. 11 S. 96,97 bemerkt, entschloß sich der Gesetzgeber, als er den Verkäufer in die Hand des Käufers gab, nicht deswegen zu diesem Schritt, um letzterem zu ermöglichen, die ihm damit eingeräumte Stellung zu mißbrauchen, sondern in der Erwartung, daß schon das Bewußtsein einer solchen Möglichkeit den Verkäufer abhalten werde, sich überhaupt auf Schwarzkäufe einzulassen. Wie der BGH in der genannten Entscheidung ausführt, war die Ausschaltung des § 817 "umso leichter tragbar, als diese Bestimmung ohnehin umstritten war und häufig unbefriedigende Ergebnisse gezeitigt hatte".

1) Friemann in DR 1942 1075

2) Pritsch in DJ 1942,463

Die 1. Zivilkammer des LG Düsseldorf brachte gegen den § 5 der VO in ihrem Urteil vom 8.5.1952 verfassungsrechtliche Bedenken vor. Sie kam zu dem Ergebnis, daß dieser § 5 dem Artikel 1 I GG widerspreche und die Rückforderung des über den beurkundeten (Stop)Kaufpreises hinausgehenden Betrages wegen § 817,2 BGB unzulässig sei. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Kl. hatten von den Bekl. ein Grundstück gekauft und dafür einen Quadratmeterpreis von 6,-- DM gezahlt. Der zulässige Stoppreis betrug 4,-- DM. Um nun die Preisgenehmigung der Überwachungsbehörde zu erhalten, gaben sie im notariellen Kaufvertrag einen geringeren Preis als den vereinbarten an. Mit der Klage verlangten die Kläger den gezahlten Aufpreis zurück. Das LG wies jedoch ab. Es führte u.a. aus, daß die Verordnung vom 7.Juli 1942 in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen dem Käufer, ungeachtet dessen, daß auch er mit seiner Leistung regelmäßig gegen das gesetzliche Verbot der Preiserhöhung verstößt, das Recht gewähre, den Mehrerlös zurückzufordern und zwar als Lohn dafür, daß er seinen Partner am Schwarzgeschäft verrät. Hiergegen ließe sich schon vom Standpunkt der Moral vielerlei einwenden. Das LG meint, es komme hier entscheidend noch hinzu, daß es nach dem Sinn der Bestimmung der §§ 4 und 5 der VO die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, den Grundstückskäufer zu arglistigem Verhalten, wenn nicht zum Betrug gegen den Verkäufer anzustiften. Die Verordnung müsse naturgemäß davon ausgehen, daß ihre Bestimmungen auch den Kaufinteressenten bekannt wurden, und daß diese Kenntnis den jeweiligen Kaufinteressenten dazu verleite, den Grundstückseigentümer über seine Rückforderungsabsicht zu täuschen, um einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erlangen.¹⁾ Die Bestimmung der §§ 4,5 appelliere, so folgert das LG, soweit sie für die Rückforderung des Mehrbetrags die Anwendung des § 817,2 ausschließe, an

1) Es ist richtig, daß die Rechtsprechung oft ausgesprochen hat, daß eine solche Täuschungsabsicht auch gegenüber dem Schwarzhändler Betrug ist: RGSt 44,230, OLG Celle Nds.Rpfl.47,25

die Unehrlichkeit des Käufers und verleite ihn, nicht so zu handeln, wie es von ihm in der oben geschilderten Weise als anständigem Menschen erwartet werden könne. "Es wird hier durch Gewährung wirtschaftlicher Vorteile ausgesprochen an die Unehrlichkeit der Kaufinteressenten appelliert und der Betrug praktisch erlaubt. Die Verordnung ist geschaffen, um den infolge der RG-Rspr. zum Erliegen kommenden Grundstücksverkehr zu beleben¹⁾, ohne daß die Preisbestimmungen verletzt würden. Dieser an sich zulässige Zweck sollte das oben in seiner Unlauterkeit geschilderte Mittel heiligen."

Hammes sagt hierzu in JR 50 S.16c:

"Das Gesetz verbietet den Verstoß, andererseits wünscht es ihn als Mittel zum Endzweck im Interesse des Umsatzes." Das LG Düsseldorf führt in seinem erwähnten Urteil weiter aus, daß sich die Verordnung insofern als Ausdruck der Überbewertung wirklicher oder vermeintlicher öffentlicher Belange gegenüber den Individualinteressen darstelle, die der nationalsozialistische Gesetzgeber proklamiert habe und die in dem Satz gipfelten: Recht ist, was dem Staate (= Partei) nützt! Das LG kommt aus dieser Überlegung zu dem Schluß, daß die Würde des Menschen (Art. 1 I GG) angetastet werde und die Verordnung deswegen nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht mehr gelte.

Der BGH nimmt dazu in seinem Urteil in Bd.11 S.94 Stellung. Er kommt nach verfassungsrechtlichen Überlegungen zu dem Schluß, die Fortgeltung der Verordnung zu bejahen. Der BGH erkennt zwar an, daß die Argumente des LG nicht so ohne weiteres von der Hand zu weisen seien, erachtet sie aber bei näherer Betrachtung für nicht begründet; er meint es sei zuzugeben, daß der in § 5 Abs.2 PrüfVO zugewilligte Rückforderungsanspruch hinsichtlich des über den beurkundeten Betrag hinaus mündlich vereinbarten "schwarzen" Kaufpreisteiles dem Käufer Anlaß geben könne, das Schwarzgeschäft aufzudecken und damit dem Verkäufer den Überpreis wieder abzunehmen. Diese Wirkung habe der

1) gemeint sind die Entscheidungen RGZ 166,97 u. 168,91, in denen das Geschäft bei Verstößen gegen den Preisstop für nichtig erklärt wurde;

Gesetzgeber beabsichtigt. Damit habe er aber nicht ein treuwidriges Verhalten des Käufers belohnen wollen und "den Betrug erlaubt".

Der BGH wirft dann, um den Erlaß der VO vom 7.7.1942 zu erklären, einen Blick auf die Rechtslage vor 1942 und erklärt die Motive des Gesetzgebers in der Hauptsache damit, daß mit der VO bezweckt werden sollte, den Verkäufer von Schwarzverkäufen abzuhalten, nicht aber den Käufer zum Betrug anzustiften. Eine Beschlagnahme des "Sündengeldes" sei nicht durchführbar, und der "Appell an die Habsucht des Erwerbers"¹⁾ nicht zu umgehen. Friemann meint zu diesem Problem (aaO): "Kein Eigentümer wird unter diesen Umständen einen Schwarzvertrag schließen, dessen Vorteile der Käufer ihm jederzeit wieder rauben kann." Der BGH führt weiter aus, daß Schwarzkäufe trotz der Verordnung vom 7.7.42 nicht aufgehört hätten (heute sind Grundstückspreise durch die örtliche Festsetzung der Preisbehörden in gewissem Umfang gebunden), ließe erkennen, daß die Verordnung nicht ausgereicht habe, die mit der Preisbindung verfolgten Zwecke gegenüber eigensüchtigen Interessen durchzusetzen; es könne aber dem Gesetzgeber ein Vorwurf nicht gemacht werden, wenn die von ihm getroffenen Maßnahmen nur teilweise Erfolg gehabt hätten.

Der BGH schloß sich damit der Rechtsprechung vor der Entscheidung des LG Düsseldorf an, die die Fortgeltung der Verordnung im allgemeinen angenommen hatte, weil sie nicht nationalsozialistisches Rechtsdenken enthalte und auch nicht durch Art.1 KRG vom 20.9.45 aufgehoben sei.²⁾

c. Preisverstöße beim Kauf beweglicher Sachen

In einem vom Reichsgericht³⁾ entschiedenen Fall hatte der Beklagte seit Jahren vom Kläger Schweine gekauft. Seine aus der Geschäftsverbindung bis zum 17.4.1916 entstandenen Verbindlichkeiten hatte er durch Zahlung berichtigt. Von da an bis zum 12. Mai 1916 hatte ihm der

1) Friemann in DR 42,1075,1079

2) so OGH Köln in MDR 48,394; NJW 47/48,688; OLG Frankf. DRspr.I-125, 11 ff; OLG Halle DRspr.I-113,41; OGH DNotZ 50,429

Kl. 42 Schweine geliefert, für die er insgesamt 9.589,--M beanspruchte. Am 17.1.1917 hielten die Parteien Abrechnung mit dem Ergebnis, daß der Bekl. dem Kl. einen Schuldschein ausstellte, durch den er bekannte, ihm 9.500,--M zu schulden zuzüglich 4 % Zinsen ab 1.1.1917. Am 23.5.1919 waren 5000,--M abgezahlt. In der Klage verlangte der Kl. den Rest von 4.500,--M mit Zinsen. Der Bekl. wandte gegen die Klageforderung ein: bei den Schweineverkäufen habe der Kl. die Höchstpreise, die durch Kriegsgesetzgebung festgesetzt waren im ganzen um 33.345,43 M überschritten. Hiervon entfielen auf die der Abrechnung zugrundeliegenden 11 Lieferungen von zusammen 42 Schweinen 3.533,96 M. Der Kl. sei also auf Kosten des Bekl. ungerechtfertigt bereichert und dieser zur Verweigerung der Erfüllung sowie zur Aufrechnung mit seinem Anspruch aus § 817 befugt. Bei der rechtlichen Beurteilung der Höchstpreisüberschreitung führt das RG aus, daß diese zwar nicht die Nichtigkeit der Kaufverträge herbeiführe, die vereinbarten Kaufverträge aber auf die erlaubte Höhe herabzusetzen sind. Die Rückforderung der zuviel bezahlten Beträge bestimmte sich auch in dem Fall nach § 817,1 BGB; aber auch der Satz 2 dieser Bestimmung war heranzuziehen, weil der Bekl. von dem Verstoß wußte: ihm fiel der gleiche Verstoß wie dem Kl. zur Last. Das RG ließ den Ausschluß des Rückforderungsrechts jedoch nur insoweit durchgreifen, als der Bekl. die Preisforderung des Kl. durch Zahlung erfüllt hat. Es verneinte einen Anspruch wegen der vor dem 17.4.1916 liegenden Geschäfte. Da aber bezüglich der später entstandenen Schulden die Leistung des Bekl. in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, gestattet ihm die im § 817,2 enthaltene Ausnahmegesetzvorschrift sein Schuldanerkennen zurückzufordern, soweit es sich auf gesetzlich verbotene Überpreise erstreckt. Wie in RGZ 96,345 ausgesprochen ist, "setzt der in § 817,1 gegebene Herausgabeanspruch nicht voraus, daß das zugrundeliegende Rechtsgeschäft selbst wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die gu-

ten Sitten nichtig ist". Das Reichsgericht führte aus, daß diese Vorschrift vielmehr dort ergänzend eingreifen will, wo t r o t z der Gültigkeit des Grundgeschäfts u n d der aus ihm erfolgenden Leistung die Annahme der Leistung als solche gegen ein Verbot verstößt oder unsittlich ist. In zitierter Entscheidung stand zwar ein derartiger Fall nicht zur Debatte, aber es wurde dort doch bemerkenswerterweise ausgesprochen, daß ein Rückforderungsanspruch nach § 817 auch bei g ü l t i g e m o b l i g a t o r i s c h e m Rechtsgeschäft unter den eben erwähnten Voraussetzungen gegeben sein kann. Diese von der Rechtsprechung entwickelte Konstruktion leuchtet nicht ohne weiteres ein; denn: wenn die Annahme einer Leistung gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wird meist das Grundgeschäft nichtig sein und die Rückforderung schon nach § 812 begründet sein.

Herausgegriffen sei noch die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 88,251, die wegen ihrer Bedeutung für dieses Kapitel ebenfalls ausführlich dargelegt werden soll. Vorauszuschicken ist, daß sich in der Rechtsprechung zu diesem Problemkreis die Auffassung durchgesetzt hat, daß bei Gütern, die Gegenstand des regelmäßigen Handelsverkehrs waren, die Überschreitung des nach den preisrechtlichen Bestimmungen zulässigen Höchstpreises nicht zur Nichtigkeit des Geschäfts führt, vielmehr das Geschäft zu den preisrechtlich zulässigen Bedingungen aufrecht zu erhalten ist.¹⁾

In RGZ 88,251 nun hatte der Kläger von dem Beklagten am 5. Febr. 1915 4000 Ztr. Kartoffeln zum Preis von 2,90 M pro Ztr. gekauft, während der Höchstpreis damals für die besten Sorten 2,75 M/Ztr., für geringwertigere 2,50 M betrug. Der Beklagte trat hierauf vom Vertrag zurück und machte neben anderen Gründen geltend, daß der Kauf wegen Überschreitung des Höchstpreises nichtig sei. Die Vorinstanz hatte die auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtete Klage abgewiesen, weil die Überschreitung des

1) Vgl. oben RG in Gruch. Beitr. 67, 174

Höchstpreises den Verkauf nichtig mache. Gegen diese Ansicht stellte sich das Reichsgericht, indem es ausführte, daß Verkäufe, in denen der Höchstpreis überschritten wird, unter § 134 BGB fallen; Nichtigkeit träte nur dann ein, wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergäbe. Das Gesetz, um das es sich hier handelt, ist das Gesetz betreffend Höchstpreise vom 4.8.1914 in der Fassung vom 17.12.14 nebst der Änderung vom 21.1.15. Das RG meinte, daß diese Vorschriften zwar Rechtsnormen und damit "Gesetze" im Sinn des BGB seien, sich aber von den meisten anderen Gesetzen dadurch unterschieden, daß sie nicht auf die Verwirklichung eines Rechtsgedankens, sondern ganz unmittelbar auf einen wirtschaftlichen Zweck abzielten. Aus diesem Grund müsse bei ihrem Verständnis und bei ihrer Anwendung vor allem dieser Zweck berücksichtigt werden. Durch das Gesetz betreffend die Höchstpreise und durch die Festsetzung der Höchstpreise solle aber nicht nur der negative Erfolg erreicht werden, daß Waren zu höheren als den festgesetzten Höchstpreisen nicht verkauft werden - womit nichts besser wäre -, sondern der positive Erfolg, daß die verfügbaren Vorräte an Gegenständen des täglichen Bedarfs, besonders an notwendigen Nahrungsmitteln, dem Volke zu Preisen zugeführt werden, welche die festgesetzte Grenze nicht überschreiten. Nach dem RG müssen daher die unter Überschreitung der Grenze geschlossenen Verkäufe aufrechterhalten und nur die Preise auf das erlaubte Maß herabgesetzt werden. Nur diese Herabsetzung der Preise, nicht die Nichtigkeit der Verkäufe, sei also die aus dem Inhalt und Zweck des Gesetzes sich ergebende Folge des verbotswidrigen Überschreitens der Höchstpreise¹⁾. Hier kann also der gegen den Preisstop verstoßende und überschießende Leistungsteil nach § 817,1 zurückgefordert werden, weil "die Annahme" der Leistung als solche gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Hierbei wird der Kaufvertrag zu gemindertem Preis als gültig angesehen und nur die Annahme des überschießenden Leistungsteiles als verboten betrachtet und der Kon-

1) Ebenso RGZ 89,198

diktion unterworfen (§ 817,1). Ein Rückforderungsanspruch des Mehrpreises nach § 812 wäre aber ebenfalls gegeben, weil die Rechtsgrundlage für die verbotene Mehrleistung entfällt und somit eine rechtsgrundlose Bereicherung bezüglich des überschießenden Teils gegeben ist!

Eine merkwürdige Konstruktion des RG wenn man bedenkt, daß streng genommen eigentlich nach § 134 der ganze Kaufvertrag nichtig ist und § 817,2 wegen beiderseitigen Verstoßes die Rückforderung versagt. Aber damit wäre ja zweifellos gerade das erreicht, was die Parteien wollten: ein Geschäft zu verbotenen Höchstpreisen abschließen; somit ist die Konstruktion des RG vom Ergebnis her nicht unvernünftig, wenngleich man die Parteien zum Festhalten an einem Vertrag zwingt, den sie in dieser Form (zu erlaubten Preissätzen) garnicht schließen wollten.

In der Rechtsprechung wurde nun die entsprechende Anwendung der §§ 4,5 PrÜbVO¹⁾ auf Preisüberschreitungen beim Kauf beweglicher Sachen vertreten, da in ihnen ein a l l g e m e i n e r R e c h t s g e d a n k e enthalten sei.

Dieser Ansicht war u.a. das Kammergericht in HEZ 1,98. Folgender Sachverhalt war zu entscheiden: Der Kl. hat mit seinem Lastwagen mehrere Fahrten für den Bekl. gemacht und sich dabei Vergütungen ausbedungen, die weit über dem Stopppreis lagen. Der Kl. macht nun die restlichen Vergütungen geltend, während der Bekl. die zuviel bezahlten Vergütungen aus früheren Fahrten zurückverlangt. Es fragt sich, ob dieser Rückforderung des Bekl. § 817,2 entgegensteht. Das KG führt, wie auch schon in JW 1938 S.2144 und DR 1940 S.869, aus, daß die Rückforderung von Zahlungen, die in Verletzung von Preisvorschriften erfolgt sind, in der Regel nicht durch § 817 BGB ausgeschlossen wird.

Ein Ausschluß des Rückforderungsrechts macht, so meint das KG, "das Ziel der gesamten Preisbildungsvorschriften, jede unerlaubte Vermögensverschiebung zu verhindern und

1) Vgl. vorne II A 3b

die volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise zu sichern" unerreichbar¹⁾. Jedenfalls hält das KG die Anwendung des § 817 S.2 dann für nicht möglich, wenn sie "zur Aushöhlung anderer Gesetze führen" würde. Das gelte zumindest in Ansehung solcher gesetzlicher Vorschriften von deren gewissenhafter Befolgung das Wohl der Gesamtheit abhängt. Hierher sollen natürlich insbesondere Preisbildungsvorschriften gehören, auf die es das KG in oben zitierter Entscheidung abstellt. Auch der RGR-Kommentar, Anm.3 zu § 817 S.2, führt aus, daß die Rückforderung trotz bewußten Verstoßes des Leistenden gegen die gesetzlichen Bestimmungen dann zuzulassen ist, wenn nach Billigkeitsgesichtspunkten gewichtigere Belange für die Zulassung sprechen als für die Belassung der Bereicherung bei dem Leistungsempfänger. Eine Stütze für diese Auffassung findet das KG gerade in jenem § 5 S.1 der VO über Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7.7.1942 (RGBI. I 451), wo ausdrücklich von einer Rückforderung die Rede ist²⁾. Für diese Meinung treten auch ein: Brandt, Paetow, Bastian.³⁾ Diese Auffassung ist in der Rechtsprechung bestritten worden:

Der OGHZ⁴⁾ wendet sich gegen die Auffassung, daß die Vorschrift der §§ 4 und 5 der VO vom 7.7.42 einen allgemeinen Rechtsgedanken enthalte: Der OGH führt aus, daß gegen Paetow, Bastian und Brandt mit dem OLG Celle zu sagen sei, daß diese S o n d e r v o r s c h r i f t nicht über ihren Geltungsbereich hinaus (d.h. nicht über Fälle des Preisverstoßes bei Grundstückskäufen hinaus) ausgedehnt werden dürfe. Ein Widerspruch zu der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 21.7.48⁵⁾ wird hierin

1) So auch HRR 1940, 1386 und DR 1941, 490

2) Ebenso OLG Frankf. HEZ 2,96,179; OLG Hamburg in NJW 48,625; OLG Karlsruhe in NJW 51,444

3) Brandt in MDR 48,165,171; Paetow in NJW 48,296; Bastian in JR 50,17

4) 4,63; ebenso OLG Celle in Nds.Rpfl.49,56

5) Bd.1 S.72 ff

nicht erblickt: Hier wurde nämlich unter Anwendung der vom RG in 166,89 aufgestellten Grundsätze über die Rechtsfolgen von Preisverstößen bei Geschäften des täglichen Lebens und bei den mehr oder weniger einmaligen Grundstücksgeschäften dargelegt, daß das streitige Veräußerungsgeschäft über den Gastwirtschaftsbetrieb einem Grundstücksgeschäft so nahesteht, daß sich die Rechtswirkungen des Preisverstoßes nach den Regeln richten müssen, wie sie für den Fall des Grundstücksgeschäfts entwickelt worden sind. In dieser Entscheidung wird auch nicht ein allgemeiner Rechtsgedanke in § 5 der genannten Vorschrift erkannt, sondern in der des § 4. Wie der OGH in der genannten Entscheidung bemerkt, besteht dieser allgemeine Rechtsgedanke darin, daß Täuschungsversuche gegenüber irgendeiner Behörde für die Parteien die nämlichen Rechtsfolgen haben wie solche gegenüber der Preisbehörde. Weiter der OGH im 4.Bd.: "Gerade aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber die Sonderregelung des § 5 der VO für erforderlich gehalten hat, ist seine Meinung zu folgern, daß die Rahmenvorschrift des § 817,2 im übrigen auch im Preisrecht ausnahmslos gilt."

Dieser Meinung des OGH hat sich der BGH in seinem Urteil vom 28.1.53¹⁾ angeschlossen, auch er versagt bei Verstößen gegen den Preisstop die Rückforderung: Nach dem BGH könne der § 5 der VO vom 7.7.42 ebensogut für die Nichtanwendung (des § 817,2), wie dagegen geltend gemacht werden, je nachdem ob man diese Vorschrift als Niederschlag eines allgemeinen Rechtsgedankens oder als eine Sonderregelung für Grundstücksverkäufe ansehe. Mit dem Ausschluß der Rückforderbarkeit habe § 817,2 BGB eine hierauf begrenzte Sanktion von Gesetzes- oder Sittenverstößen vorgenommen. Der BGH bringt dann die Sätze, die immer wieder für die Begründung einer strengen Anwendung des § 817,2 als Strafvorschrift im bürgerlichen Recht herangezogen werden: "Diese Vorschrift ver-

1) BB 1953, 247 = DRspr.I 144 B.22

stopft ganz mit Absicht eine Quelle unerfreulicher Streitigkeiten. Die Folgen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts, die der Leistende auf sich genommen hat, sollen nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bleibt bewußt unberücksichtigt. Die Rückforderung ist, wie das Gesetz schlicht sagt, ausgeschlossen."¹⁾

Der Ausschluß des Rückforderungsanspruchs soll sich aber nur auf den den zulässigen Preis übersteigenden Teil beziehen²⁾, der an sich zulässige Preis soll nach § 812 rückforderbar sein. Dies ist, wie Gramm bei Palandt³⁾ zu Recht bemerkt, eine unverständliche Auffassung! Wenn die ganze Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist deswegen auch der ganze Vertrag nichtig. Es kann dann aber auch nur einheitlich über den gesamten Anspruch entschieden werden und nicht ein Teil rückforderbar und ein anderer von der Rückforderung ausgeschlossen sein. Wenn § 817,2 also auch im Preisrecht ausnahmslos gilt, was nach der Rechtsprechung des OGH und BGH zutreffen soll, dann ist er auch in seiner ganzen Strenge heranzuziehen, wobei nach den Worten des BGH der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bewußt unberücksichtigt bleibt. Die Folge ist der Ausschluß des Rückforderungsanspruchs bezüglich des gesamten bereits geleisteten Betrages! Eine Aufspaltung - wie sie im Urteil des BGH vom 4.2.55 versucht wird - findet im Gesetz keine Stütze.

In der Hauptsache stehen sich also zwei Meinungen gegenüber. Die eine besagt, daß § 817 S.2 unnachgiebiges Recht ist. Eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldensgrades und somit ein gerechter Ausgleich der Interessen entfällt. Man ist sich zwar darin einig, daß der gesetzgeberische Aufbau dieser Bestimmung nicht glücklich ist, sieht aber ihren hauptsächlichen Sinn darin, daß derjenige, der selbst gegen das Gesetz oder gegen die gu-

1) Ebenso jetzt RGR-Kommentar 817,2 A.1; BGHZ Bd.11 S.90 ff; BGH LM § 5 Preisüberw.VO No "; LM No 4 zu 817; Palandt 817,3d

2) V.Senat des BGH, 4.2.55, ZR 99/53

3) Palandt zu § 817,3d

ten Sitten verstößt, staatlichen Rechtsschutz nicht erwarten kann und darf. Eine Quelle unsauberer Streitigkeiten soll also verstopft werden.¹⁾

Die andere Meinung²⁾ geht dahin, daß die Preisgesetze, deren Ziel die Preisregelung ist, ausgehöhlt werden, wenn man dem Verkäufer die Berufung auf § 817,2 zubilligt, weil dann jedenfalls der Schwarzhändler über den Umweg dieser Bestimmung doch zu seinem Gewinn kommt, den die Preisgesetze gerade verhindern wollen. Verneint man dagegen die Anwendbarkeit des § 817,2, so wird erreicht, daß das an und für sich verbotene Geschäft in der vom Gesetz gebilligten Form gültig bleibt.

Wie schon bei den früher besprochenen Problemen des § 817, so fragt man sich auch hier wieder, welcher Lösungsweg einerseits dem vom Gesetz gewollten Zweck am nächsten kommt und welcher andererseits einen den Vorurteilen des täglichen Lebens am gerechtesten erscheinenden Ausweg bietet. Alles spitzt sich auch hier wieder auf die Frage zu: Will man den § 817 unabhängig von irgendwelchen Gerechtigkeitserwägungen als starre, moralisierende Strafvorschrift betrachten, oder will man diese Bestimmung als kodifizierten Ausdruck der allgemeinen Arglistrede, also des § 242 BGB, ansehen?

B. Lösungsversuche der Rechtsprechung

1.) Einschränkende Auslegung des "Leistungsbegriffs" in § 817,2

Da man die teilweise unmöglichen Konsequenzen, die eine strenge Heranziehung des § 817,2 BGB bei beiderseitigem Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten mit sich brachte, eindämmen und nach Möglichkeit ganz vermeiden wollte, half man sich in der Rechtsprechung zunächst mit einer einschränkenden Auslegung des Leistungsbegriffs in

1) BGH, OGHZ, OLG Celle, früher teilweise RG u.a.

2) KG, OLG Frankfurt, Hamburg, Karlsruhe, früher teilweise RG

§ 817,2. Man ging hier verschiedene Wege, um in Einzelfällen § 817,2 ausschließen zu können.

In RGZ 67,321 führte das Reichsgericht aus, daß der Vorschrift des § 817 (S.2) alle diejenigen Leistungen unterliegen, die unmittelbar auf Grund des nichtigen, kausalen Vertrages erfolgten; Leistungen dagegen, die nur in Erfüllung eines mit diesem Hauptvertrag verbundenen Nebenvertrages erbracht worden seien, verstießen für sich betrachtet weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten. Folglich ließe sich auch die Ausnahmenvorschrift des § 817,2 nur auf solche Leistungen anwenden, die die Vertragspartner unmittelbar auf Grund eines gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrages gewährten. Hierunter fällt also nicht die Bestellung eines Pfandes für eine aus dem Vertrag entspringende Forderung; sie dient als solche einem erlaubten Zweck und fällt damit auch nicht unter § 817 S.1 und 2. Eine andere Frage ist die Kondizierung der Leistung dieses Nebenvertrages: sie ist zu bejahen, weil der an sich gültige Nebenvertrag mit Wegfall des Hauptvertrages seiner rechtlichen Grundlage beraubt wird und die in seiner Erfüllung erbrachte Leistung nach § 812 rückforderbar ist.

Der BGH hat in seiner Entscheidung in Bd. 19 S.205 ff.¹⁾ die Rechtsprechung des Reichsgerichts in diesem Punkte bestätigt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien betrieben Geschäfte mit Eisenschrott, die gegen die gesetzlichen Bestimmungen verstießen. Der Beklagte hatte der Klägerin, um ihr eine Sicherung für geleistete Vorauszahlungen zu gewähren, in besonderem Vertrag eine Eigentümergrundschuld abgetreten. Die Klägerin verlangt nun in der Klage die Rückzahlung der geleisteten Vorschüsse und Duldung der Zwangsvollstreckung in die Grundschuld und zwar in Höhe der herausverlangten Beträge.

Zu diesem Fall stellt nun der BGH zunächst fest, daß die Forderungen, zu deren Sicherung die Grundschuldver-

1) IM zu § 817 Nr.6

einbarung bestimmt war, nicht entstanden sind. Der Rechtsgrund für die Abtretung der Grundschild ist somit entfallen. Der Grundstückseigentümer und Zedent kann nach dem BGH (konform mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. oben) die Rückübertragung der Grundschild verlangen, und zwar sowohl auf Grund der Vereinbarung, die der Abtretung zugrunde lag, als auch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 BGB. Klageabweisung war geboten, weil der Geltendmachung der Grundschild durch den Grundschildgläubiger im Klagewege die Einrede des Grundeigentümers wegen seines Anspruchs auf Rückübertragung der Grundschild entgegenstand. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, daß der Anspruch des Beklagten auf Rückübertragung der Grundschild, auf den sich seine Einrede stützt, auch nicht etwa seinerseits durch § 817 S.2 ausgeschlossen werde. Er ist nämlich wie das RG der Meinung, daß § 817 S.2 nur auf solche Leistungen anzuwenden sei, die u n m i t t e l b a r auf Grund eines gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrages gewährt werden, während Leistungen, die - wie die Bestellung eines Pfandes für eine aus dem Vertrage entspringende Forderung - als solche einem erlaubten Zweck dienen, von der Bestimmung nicht betroffen werden.¹⁾ Der BGH führt hierzu weiter aus: "Mag die Abtretung auch mittelbar die Abwicklung der gesetz- und sittenwidrigen Hauptabmachungen der Parteien gefördert haben, so verstieß doch der unmittelbare und für die Anwendbarkeit des § 817 S.2 allein entscheidende Zweck, der mit ihr verfolgt wurde, weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten."

Eine weitere Eindämmung des Leistungsbegriffs unternahm die Rechtsprechung, indem sie nur solche Leistungen unter § 817,2 fallen ließ, die endgültig und nicht nur vorübergehend in das Vermögen des Empfängers übergehen:

So führt das RG in der schon erwähnten Entscheidung

1) RGZ 67,325 und Staudinger 10.Aufl. Anm.21 zu § 817

RGZ 67,321 aus: "Als Leistung im Sinn des § 817 S.2, deren Rückforderung nach § 817 S.2 ausgeschlossen ist, kann nur die Gewährung eines solchen Vermögensvorteils angesehen werden, der dazu bestimmt ist, e n d g ü l t i g in das Vermögen des Empfängers überzugehen, nicht aber eines solchen, der nur zu vorübergehenden Zwecken diesem zugeführt worden ist."

Auch in RGZ 161,53 - einer der Grundsatzentscheidungen zum Wuchergeschäft¹⁾ - hat das Reichsgericht festgestellt, daß eine Leistung im Sinne des § 817 nur dann vorliegt, wenn Vermögensvorteile gewährt werden, die endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen, nicht jedoch dann, wenn es sich um Vermögensvorteile handelt, die nur zu vorübergehenden Zwecken, belastet mit einer Rückgabepflicht, bewirkt werden.

Auch der BGH hat sich mit dem Reichsgericht dieser Abgrenzung des Leistungsbegriffs angeschlossen²⁾: Von § 817 S.2 werden nur solche Leistungen erfaßt, die e n d g ü l t i g in das Vermögen des Empfängers übergehen sollen. Diese Voraussetzung aber trifft für Leistungen, die nur sicherungshalber bewirkt werden und ihrer Bestimmung gemäß dann zurückzugewähren sind, wenn der Sicherungszweck entfällt, nicht zu.³⁾

In dem vom BGH in NJW 56,177 entschiedenen Falle stand daher § 817 S.2 dem Anspruch des Beklagten auf Rückübertragung einer Grundschild n i c h t entgegen, weil erstens die im Zusammenhang mit einem nach § 134 BGB nichtigen Verträge geschlossene Nebenabrede als solche rechtlich einwandfrei war (vgl.oben); § 817 S.2 ist aber "zudem" aus dem einleuchtenden Grunde nicht anwendbar, weil eben § 817 unter Leistung nur solche Vermögenswerte versteht, die endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen und nicht nur sicherungshalber, also vorübergehend. Diese Einschränkung ist verständlich, wenn man bedenkt, daß durch § 817 S.2 nicht ein

1) Vgl. unter II A 2

2) Bd.19 S.209 = LM 817 Nr.6

3) RGZ 67,321,326; RG Warn.Rspr.17 Nr.206; RG RK Anm.2 zu 817,2; Staud. 10.Aufl. Anm.10 zu § 817

Zustand perpetuiert werden soll, den selbst die Parteien nur als vorübergehenden gedacht hatten. Es geht über die Befugnis des Gesetzgebers hinaus (im bürgerlichen Recht!), einer Partei einen Vermögenswert für immer ab- bzw. zuzusprechen (kraft des § 817,2), der ihr nach dem Willen der Parteien nur vorübergehend belassen werden soll. § 817,2 betrifft also nur solche Leistungen, die bei der Gegenseite für immer bleiben; dann ist es nach dem Willen des Gesetzgebers auch billig, daß die andere Partei eine Leistung nicht zurückverlangen kann, die sie bei eigenem Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten erbracht hat. Stellt man es streng darauf ab, dann bedarf man der Unterscheidung in Haupt- und Nebenvertrag nicht, sie ist ein zusätzliches, aber nicht mehr entscheidendes Argument!

a. Die Auslegung des Verbindlichkeitsbegriffs

Die Auslegung des Begriffs der "Verbindlichkeit" hat in der Rechtsprechung besonders bei Fällen der Bestellung einer Restkaufgeldhypothek bei Bordellkäufen¹⁾ geschwankt.

Noch in RGZ 63,183 hatte das RG die Bestellung einer Bordellhypothek für den Kaufpreis durch den Käufer als "die Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 817" angesehen und § 817,2 angewendet, d.h. sie der Rückforderung nicht unterliegen lassen. Hintergrund dieser Entscheidung ist ein Sachverhalt, dessen Gegebenheiten das Reichsgericht auf Grund einer Gerechtigkeitsüberlegung zu dem erwähnten Ergebnis führten: es sollte vermieden werden, daß die damalige Beklagte das Grundstück behalten durfte und den noch nicht bezahlten Kaufpreis weder auf Grund des Kaufvertrages (nichtig nach § 138 I), noch auf Grund der Hypothekenbestellung (die nach § 817,2 wegen der Ausnahme für die bloße "Eingehung einer Verbindlichkeit" rückforderbar wäre) zu erbringen hätte. Die Entscheidung des RG im 63.Bd. zwingt die Beklagte auf Grund der Annahme einer Verbindlichkeits-erfüllung zur Haftung mit dem Grundstück!

1) Vgl. unter II A 1

Schon in RGZ 68,103 entschied das RG, daß die Bestellung einer Hypothek nicht eine in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende, nicht rückforderbare Leistung (§ 817,2 letzter Halbsatz) sei, sondern eine Leistung "in Eingehung einer Verbindlichkeit", die nach § 817,2 2.Halbsatz rückforderbar sein müsse¹⁾. Hier kann der Versprechende nun also sowohl auf Befreiung von der Verbindlichkeit klagen, als auch die Erfüllung einredeweise verweigern. Hat er allerdings bereits erfüllt, so ist ihm die Rückforderung kraft Gesetzes versagt. Ohne Betrachtung des zu RGZ 63,183 unterschiedlichen Sachverhaltes läßt sich auch diese anderslautende Auslegung einer Hypothekenbestellung als Eingehung einer Verbindlichkeit nicht erklären. Im Gegensatz zu oben erwähnter Entscheidung des RG war nämlich der Hintergrund dieses Urteils der, daß hier die Beklagten bei dem sittenwidrigen Bordellkauf als Vertragsschließende gar nicht selbst beteiligt waren, die Hypothek somit auch nicht von ihnen selbst bestellt worden ist. Sie hatten vielmehr das Grundstück, auf dem ein Bordell betrieben wurde, erst von der Hypothekenbestellerin erworben. Zwischen ihnen und den Gläubigern der Bordellhypothek (=Klägern) bestanden im vorliegenden Fall also gar keine schuldrechtlichen Beziehungen. In RGZ 68,103 wäre also der Ausschluß der Rückforderung im Gegensatz zu RGZ 63,183 ein unbefriedigendes Ergebnis gewesen. Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 73 S.144, wonach andererseits die Bestellung einer Grundschuld oder die Abtretung einer Eigentümergrundschuld anstelle von Zahlung *n i c h t* als Eingehung einer Schuldverbindlichkeit im Sinne des § 817,2 anzusehen ist. Die Verpflichtung zur Zahlung des Betrages aus dem Grundstück entstand nämlich schon mit der Bestellung und Eintragung der Grundschuld oder Hypothek und hat seitdem auf dem Grundstück gelastet, wenn sie auch dem Grundstückseigen-

1) Vgl. auch RGZ 71,434, das RGZ 68,103 zitiert

tümer als Grundschuldgläubiger gegenüber einstweilen geruht hatte.

Auch in der Neubestellung einer Grundschuld hat das RG nicht die bloße Eingehung einer Verbindlichkeit gesehen und darum die Ausnahme des § 817,2 darauf nicht anwenden wollen. Die Rückforderbarkeit des bloßen Eingehens einer Verbindlichkeit beziehe sich nämlich nur auf noch unfertige Rechtsgeschäfte; ein solches liege aber dann nicht vor, wenn der Leistende sofort Geld oder Geldeswert dem anderen hingibt. Er habe damit sein Versprechen erfüllt, das Geschäft somit vollendet und erledigt. Die Parallele zur Bestellung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück kann leicht gezogen werden: auch hierist mit Eintragung des dinglichen Rechts zugunsten des Gläubigers das Rechtsgeschäft fertig und vollendet. Entscheidend ist also die sofortige dingliche Belastung des Grundstücks, die als Erfüllung und nicht als bloße Eingehung einer Verbindlichkeit zu betrachten ist.

Ein Widerspruch zur Entscheidung des RG in Bd.68 S.97 ff ist hierin nicht zu finden, da dort die Hypothekenbestellung mit Rücksicht auf die enge Verbundenheit der Hypothek mit der schuldrechtlichen Forderung als rückforderbare Eingehung einer Verbindlichkeit angesehen wurde.¹⁾

Die Bestellung oder Übertragung einer Grundschuld ist daher mit der in § 817,2 aufgezeigten Folge als Erfüllung anzusehen.

Leistungen, die in der bloßen Eingehung einer Verbindlichkeit bestehen, sind dagegen etwa folgende: das Schuldversprechen nach § 780 BGB mit dem Unterfall des kaufmännischen Verpflichtungsscheins (§ 363 HGB), das Anweisungsakzept (§ 784 BGB), die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793 BGB).

Die Sonderregelung in § 817,2, daß nämlich abstrakte Verpflichtungen im Gegensatz zu realen Leistungen bei gleichem Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten rückforder-

1) Vgl. RGZ 71,434, das RG 68,103 zitiert

bar sind, erfolgte deswegen, weil das Gesetz einen Zwang zur Durchführung noch unfertiger, auf verwerfliche Ziele gerichteter Geschäfte nicht dulden kann.¹⁾ Nach der Rechtsprechung ist ferner der Befreiungsanspruch ausgeschlossen, wenn über die beiderseits verwerfliche Verpflichtung ein Wechsel oder Scheck gegeben worden ist; dies muß der Erfüllung gleichstehen.

In der Entscheidung RG JW 21,461 betont das Reichsgericht, daß der Begriff der "Eingehung einer Verbindlichkeit" im Sinn des § 817,2 eng gefaßt werden müsse, um Streitigkeiten aus solchen beiderseits sittenwidrigen Geschäften nach Möglichkeit fernzuhalten. Diesem Grundgedanken sei bei der Auslegung dieser Vorschrift Rechnung zu tragen. Mit der Empfehlung einer engen Auslegung des Begriffs "Eingehung einer Verbindlichkeit" allerdings versperrt man sich hier wiederum die Möglichkeit, durch Rückforderungsausschluß bedingte Härten zu vermeiden und vom Gesetzgeber nicht gewollte Geschäfte rückgängig zu machen.

Nicht entschieden wurde vom RG dagegen die Frage, ob überhaupt die Hingabe eines Wechsels als bloße Eingehung einer Verbindlichkeit angesehen werden könne. In der erwähnten Entscheidung stellte das RG fest, daß jedenfalls die Hingabe eines von einem bei dem sittenwidrigen Geschäft nicht beteiligten Dritten ausgestellten Wechsels nicht dem Fall einer Eingehung einer Verbindlichkeit gleichkomme. "Die Hingabe eines, von einem Dritten bei dem sittenwidrigen Geschäft nicht Beteiligten, ausgestellten Wechsels gibt die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, durch die Weiterbegebung des Wechsels materielle Werte zu erlangen und stellt nach der Auffassung des Verkehrs selbst einen Gegenstand sachlichen Wertes dar. Die Bedeutung der Hingabe eines solchen Wechsels reicht also über die bloße Eingehung einer Verbindlichkeit im Sinn der hier anzuwendenden Vorschrift hinaus." Die Hingabe eines solchen Wechsel war somit mangels eines unmittelbaren wechselrechtlichen Begebungs-

1) Vgl. hierzu die zitierte Entscheidung des RG in Bd.63 S.187

vertrages unter den Parteien nicht die bloße Eingehung einer Verbindlichkeit.

Wie Bernstein in einer Fußnote zu der zitierten Entscheidung richtig bemerkt, muß die Hingabe von Wechseln oder Schecks, die auf Dritte lauten, als wahre Leistung und nicht als die bloße Eingehung einer Verbindlichkeit des Gebers betrachtet werden, weil der Übertragungsakt die Leistung aus dem zugrunde liegenden Geschäft ist und als "unmittelbare Vermögenswerte des wirtschaftlichen Verkehrs" den Inhalt der Leistung darstellen. Dies bedeutet also, daß die Rückforderung nach § 817,2 letzter Halbsatz ausgeschlossen ist.

Ebenso wird die Hingabe eines Schecks als bloße Eingehung einer Verbindlichkeit verneint in der Entscheidung OLG 39,183. Durch sie wird nämlich der Empfänger ermächtigt, die im Scheck angegebene Summe aus dem Bankguthaben des Anweisenden abzuheben; auch hat er die Möglichkeit, den Scheck an einen am Geschäft unbeteiligten Dritten weiterzugeben, der dann eine ganz neue, unanfechtbare Rechtsposition hat.

2.) Die subjektiven Voraussetzungen für die Anwendung des § 817,2:

Bewußtsein des Verstoßes gegen die guten Sitten oder gegen das Gesetz notwendig?

Streitig war lange Zeit, ob es zur Anwendung des § 817 genügt, daß die Vertragsparteien den Zweck der Leistung gekannt haben, ohne daß ihnen der Verstoß gegen das gesetzliche Verbot oder die guten Sitten zum Bewußtsein gekommen zu sein braucht oder ob sie auch dieses Bewußtsein gehabt haben müssen.

Schon in dem Urteil des Reichsgerichts vom 14.Okt.1903¹⁾ wird in einem Fall in dem der Kläger das auf Grund verbotener Geschäfte Geleistete zurückforderte, ausgeführt, daß die Vorschrift des § 817 einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten in dem Sinne voraussetze, daß ein Verschulden, eine verwerfliche Ge-

1) JW 1904, S.38 Nr.5

sinnung verlangt werde. Es ist daher angenommen worden, daß der § 817,2 die Rückforderung nicht ausschließe, weil feststehe, daß dem Kläger die Verbotswidrigkeit der zugrunde liegenden Geschäfte nicht bekannt gewesen sei.

An dieser Auslegung des § 817 hat jedoch das Reichsgericht, soweit der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot in Betracht kommt, in RGZ 72,46 nicht festgehalten. Folgender Sachverhalt war zu entscheiden: der Rückforderungskläger, ein Sohn des Gemeinschuldners, hatte eine Sonderabmachung erfüllt, wodurch ein einzelner Gläubiger begünstigt war. Er hatte dabei zwar die Tatsache der Bevorzugung des Gläubigers vor den übrigen gekannt, nicht aber gewußt, daß er durch die Teilnahme an dem Abkommen gegen § 181 KO verstieße. Das RG führt hierzu aus, daß sich in den Motiven zu § 747 Entw.I BGB (er entspricht dem § 817 BGB) zwar die Bemerkung finde, daß die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden solle, § 747 aber einen Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung voraussetze. Seine Begründung dürfe die Auslegung des geltenden Gesetzes, das im Laufe der Beratungen der zweiten Kommission eine von dem Entwurf I abweichende Fassung erhalten habe, umso weniger binden, als nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot den Rückschluß auf eine verwerfliche Gesinnung zulasse, und der Wortlaut des § 817 BGB in keiner Weise zum Ausdruck bringe, daß diese Gesinnung oder auch nur ein Verschulden überhaupt bei dem Verstoß gegen ein gesetzliches Gebot vorausgesetzt werde. Das RG vertritt in der zitierten Entscheidung die Auffassung, daß der Wortlaut des § 817 BGB nicht zu der Auslegung zwingt, daß der Übertreter des Verbots dieses als solches erkannt haben müsse. Hier entscheidet das RG offensichtlich darum so, weil die Rückforderung, die lediglich dem Sohn des Gemeinschuldners, nicht aber den übrigen Gläubigern des Gemeinschuldners zugute gekommen wäre, nicht für gerecht hält! Der Sohn hatte sich

nämlich selbstschuldnerisch verbürgt und für den Vater bezahlt; es wäre also ein unbefriedigendes Ergebnis, wenn er jetzt den so begünstigten Gläubigern unter Berufung auf §§ 181 KO und 817 BGB das Geleistete wieder nehmen könnte!

Ebenso wie das RG in seiner früheren Rechtsprechung haben sich gegen das Erfordernis des Bewußtseins des Sitten- oder Gesetzesverstoßes (und somit gegen einen Ausschluß des § 817,2) gewandt: Keidel¹⁾ und Enneccerus in früheren Auflagen.

Der Rückschluß aus der ratio der Vorschrift brachte aber das RG bald wieder ins Wanken: in RGZ 95,347 sagte das RG, daß sich "manches dafür vorbringen" ließe, "daß der Ausschluß der Rückforderung, der ersichtlich als Strafe für eine an den Tag gelegte verwerfliche Gesinnung gedacht sei, schlechthin nur bei bewußtem Zuwiderhandeln gegen das Gesetz stattfinden solle". Das Reichsgericht mildert den Meinungsgegensatz zur oben zitierten Entscheidung dann dadurch ab, daß es ausführt, jedenfalls könne der Satz, daß schon der objektive Verstoß einem Rückforderungsanspruch entgegenstehe, nur für solche Verbotsgesetze gerechtfertigt werden, die kraft ihrer inneren Bedeutung und der langen Zeit ihrer Geltung derart in das Allgemeinbewußtsein des Volkes übergegangen sind, daß sie regelmäßig als bekannt vorausgesetzt werden dürfen. Klar aber legt es dann fest: "Nichts aber spricht dafür, den unwissentlichen Verstoß gegen ein in solchen Bestimmungen enthaltenes Verbot (es handelt sich hier um wirtschaftliche Maßnahmen, die auf Grund einer Blankettverordnung des Bundesrats vom Kriegsministerium getroffen und noch dazu in völlig unzulänglicher Weise durch Polizeiblätter veröffentlicht war) durch Zufügung eines Rechtsnachteils, wie es der Ausschluß des Rückforderungsrechts sein würde, zu bestrafen".

Dem schließt sich das Reichsgericht in RGZ 104,54 an, wenn es ausführt, daß der in § 817,2 gedachte Rechts-

1) =Staudinger zu § 817,2b

nachteil des Ausschlusses des Rückforderungsrechts im Hinblick auf die Motive zum BGB als Strafe für verwerfliche Gesinnung gedacht sei und deshalb "nicht schon immer" durch einen unwissentlichen Verstoß gegen Verbotsvorschriften verwirkt werde. In RGZ 105,272 äußerte sich das Reichsgericht zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Rückforderung der Leistung eines wegen Geistesschwäche Entmündigten nach § 817 S.2 wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz ausgeschlossen sei. Hier wurde bereits der neue Standpunkt mit überzeugender Begründung dargelegt. Das RG stellt fest, daß die Folge des § 817,2 als Strafe für die Betätigung verwerflicher Gesinnung gedacht ist und aus diesem Grunde nur bei bewußter Zuwiderhandlung gegen das Verbot eintritt. "Diese Auffassung bildet die gleichmäßige Grundlage der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts." Es wird dann weiter festgestellt, daß den Kläger die an eine bewußte Zuwiderhandlung gegen ein Verbotsgesetz anknüpfende Rechtsfolge der Verwirkung seines Rückforderungsrechts nur dann treffen soll, wenn ihm die verbotswidrige Handlung nach seinem Geisteszustand zugerechnet werden kann. Dem Täter wird eine Handlung dann nicht zugerechnet, wenn er sie im Zustand der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit vornimmt. "Was § 827 BGB für den in einem solchen Zustand angerichteten Schaden bestimmt, nämlich die Freiheit des Täters von der Verantwortung" - folgert das RG - "gilt sinngemäß auch da, wo es sich nicht um Schadensersatz handelt, sondern um Rechtsfolgen eines schuldhaften Verhaltens, namentlich wie hier, um die Verwirkung eines Rechts. Ist bei Vorhandensein des äußeren Tatbestands des § 817 S.2 der Leistende trotz eines krankhaften Zustandes seiner Geistestätigkeit nicht willensunfrei im Sinn des § 827 gewesen, so kommt nur in Frage, ob durch seinen Geisteszustand sein Bewußtsein von der Verbotswidrigkeit seiner Handlung, sei es von dem Verbot überhaupt, sei es davon, daß die Handlung unter

das Verbot falle, ausgeschlossen wurde."

In Anlehnung an die §§ 827, 828 BGB wird hier also Deliktsfähigkeit des Rückfordernden verlangt, um seinem Anspruch § 817,2 entgegenzusetzen zu können, - ein Gedanke, der durchaus begrüßenswert ist, wenn man bedenkt, daß die Bestimmung des § 817 demjenigen eine Strafe auferlegen will, der gesetz- oder sittenwidrig gehandelt hat, und die Strafe als solche immer eine Relation zum Schuldgehalt haben soll.

In der Folgezeit war sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts darin einig, daß § 817,2 nur im Falle bewußter Zuwiderhandlung gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten durchgreifen soll.¹⁾ Wie das RG in RGZ 151,73 ausgeführt hat, genügt dagegen das Bewußtsein der Tatumstände allein, die das Rechtsgeschäft zu einem unsittlichen machen, noch nicht; es muß schon "das Bewußtsein unsittlich zu handeln" gegeben sein. Das RG spricht hier unter Heranziehung eines eigentlich nur im Strafrecht gebrauchten Ausdrucks von einem "inneren Tatbestandsmerkmal", das es rechtfertige, daß der Gesetzgeber dem Leistenden einen Anspruch nehme, der ihm durch die sachliche Sitten- oder Verbotswidrigkeit mit der entsprechenden Folge der Nichtigkeit des Geschäfts gerade entstanden sei.

Die schon zitierte bekannte Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 161,57 stellt die gleichen Voraussetzungen für den Wucherer auf, wenn ihm § 817,2 wirksam entgegengesetzt werden soll. Das Reichsgericht sagt, daß - wenn § 817 S.2 herangezogen werden soll - die Voraussetzungen dieser Vorschrift besonders auch in subjektiver Hinsicht geprüft und festgestellt werden müssen. Erforderlich sei, daß der Leistende das Bewußtsein gehabt habe, unsittlich zu handeln. Es betont ferner, daß die Auffassung, jeder dem § 138 unterliegende Tatbestand müsse ohne weiteres die Folge des § 817,2 auslösen, unrichtig sei. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift sei besonders zu prüfen. Bei der Sonderbestimmung des § 138 II wird

1) Vgl. RGZ 132,41

allerdings in der Regel anzunehmen sein, daß der Wucherer, der den Vertragspartner ausbeutet, auch das Bewußtsein vom Verstoß seiner Leistung (Hingabe des Kapitals zur zeitweiligen Nutzung) gegen ein gesetzliches Verbot und gegen die guten Sitten gehabt hat. Erwähnt sei hier noch ein Urteil vom 23.11.1959¹⁾ das feststellt, daß ein Kaufmann, der aus einer Notlage heraus Darlehen unter wucherischen Bedingungen aufnimmt (Wucher also ein Fall einseitiger Unsittlichkeit), um auf diese Weise den Zusammenbruch seines Geschäfts zu vermeiden, im allgemeinen auch dann nicht "vorsätzlich sittenwidrig" handelt, wenn diese Hoffnung sachlich nicht gerechtfertigt ist, und wenn diese Inanspruchnahme der Darlehen die Gefahr des Zusammenbruchs erhöht oder den Umfang des möglicherweise eintretenden Zusammenbruchs vergrößern kann. Ihm wurde daher ein Anspruch auf Rückzahlung der bereits bezahlten Zinsen nicht wegen § 817 S.2 BGB abgesprochen.

An dieser Rechtsprechung wird auch heute noch festgehalten.

So hat der OGH Köln in einem Urteil vom 10.2.1950²⁾ dem Standpunkt Ausdruck verliehen, daß § 817,2 das Bewußtsein b e i d e r Teile (!) voraussetze gegen § 817,1 zu verstoßen. Zur Verdeutlichung sei betont, daß hier wohl dieses Erfordernis des beiderseitigen Bewußtseins nur im Falle eines Verstoßes gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten gefordert wird. Es ergäbe sich sonst ein Widerspruch zu der von der Rechtsprechung entwickelten These³⁾, daß § 817,2 auch auf Ansprüche aus § 812 Anwendung findet.

Der OGH stellt dann noch eine eventuelle Unklarheit in der Rechtsprechung des Reichsgerichts richtig, der das LG Münster⁴⁾ erlegen ist. Er führte nämlich aus, daß in den meisten vom RG zu entscheidenden Fällen Verstöße ge-

1) II ZR 59/58 - Köln

2) Dt.Rspr.I 144 Bl.30

3) Vgl.unter I 4

4) MDR 49,680

gen die guten Sitten und nicht Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot vorlagen (Bordellkauf und Wucher). Daraus könne aber nicht gefolgert werden, daß § 817 S.2 nur dann gelte, wenn n e b e n dem Verstoß gegen das gesetzliche Verbot auch noch ein aus verwerflicher Gesinnung der Beteiligten beruhender Verstoß gegen die guten Sitten vorliege.

Eine solche Einschränkung spricht weder aus den oben zu dieser Streitfrage ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts, noch wäre sie mit dem Wortlaut oder dem Sinn des Gesetzes zu erklären. Der Rechtsprechung ist zur Lösung dieses Problems grundsätzlich zuzustimmen.

Gewisse Bedenken können aber trotzdem nicht ganz ausgeschaltet werden: wie Enneccerus-Lehmann¹⁾ bemerken, ist diese Rechtsprechung wenigstens in bezug auf das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit bedenklich, "weil dadurch das härtere Gewissen und gröbere Moralempfinden prämiert wird".

Tatsächlich wird man aber auch in der Praxis über diese Klippe hinwegkommen. Das RG hatte in seiner Entscheidung RGZ 105,272 eine Parallele zur Deliktsfähigkeit gezogen. Genauso wie bei Schadenshandlungen aber eine Schuldfähigkeit und Vorwerfbarkeit im konkreten Fall gegeben sein muß, so muß auch bei einem Verstoß gegen § 817,1, der die Folge des § 817,2 mit sich bringt, "die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht"²⁾ vorhanden sein. Mit anderen Worten muß darauf Wert gelegt werden, ob demjenigen, der sich auf den Ausschluß des § 817,2 berufen will, weil er sich der Sittenwidrigkeit oder des Gesetzesverstoßes nicht bewußt gewesen sei, diese Unkenntnis zum Vorwurf gemacht werden kann. Hier wäre eine analoge Anwendung des Gedankens aus § 932 II BGB naheliegend; dort wird nämlich dem Erwerber der gute Glaube abgesprochen, wenn er infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehörte. Warum sollte dann denjenigen, der sich auf mangelndes Bewußtsein der Sittenwidrigkeit etc. beruft, nicht ein Vorwurf treffen, wenn er sich aus grober Fahrlässigkeit dieser Erkenntnis verschloß? Zwar scheint dies mit

1) SchuldR. § 226,2b

2) Vgl. § 828 II BGB

dem Verlangen nach dem Vorhandensein des Bewußtseins der Sittenwidrigkeit im Widerspruch zu stehen, wenn man das Fehlen dieses Bewußtseins zum Vorwurf machen kann, aber es ist dies der einzige Weg, um offensichtlich zweckgebundenem Abstreiten dieses Bewußtseins entgegenzutreten. Gewisse Maßstäbe existieren in unserem Gesellschaftsleben, deren Arten verschieden sein mögen, aber letztlich doch einem objektiven Werturteil unterliegen. Eine "Parallelwertung in der Laiensphäre", wie sie in gewissen Irrtumsfällen der Strafrichter vornehmen muß, wird auch hier dem Zivilrichter seine Entscheidung leichter machen. Kommt er zu dem Schluß, daß dem Rückforderungskläger sein angeblich fehlendes Bewußtsein der Sittenwidrigkeit oder des Gesetzesverstoses zum Vorwurf zu machen ist (individueller Maßstab im Hinblick auf den Strafcharakter), so hat er die Klage wegen der Vorschrift des § 817,2 abzuweisen. Ob aber etwa beiderseits in vorwerfbarer Weise gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen wurde, hat der Richter von Amts wegen zu prüfen, wie er auch bei jedem Vertrag von sich aus zu untersuchen hat, ob nicht § 138 I BGB vorliegt.¹⁾

a. Sitten- oder Gesetzesverstoß liegt nicht bei der Person des Rückfordernden:

Mit der Frage, ob der Empfänger einer Leistung, die der Gemeinschuldner bewirkt hat, in Anspruch genommen vom Konkursverwalter, sich diesem gegenüber mit Erfolg auf § 817,2 berufen kann, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat und dem Gemeinschuldner der gleiche Verstoß zur Last fällt, hatte sich das Reichsgericht in der Entscheidung RGZ 99,168 zu befassen.

In dem vom Reichsgericht zu entscheidenden Fall hatte Frau K. mit Frau X. einen Vertrag abgeschlossen, nachdem sie ihr vorgespiegelt hatte, daß sie fortgesetzt

1) Vgl. unter I 5: 817,2 Einrede oder Einwendung

sehr umfassende und vorteilhafte Abschlüsse auf Lieferung von Lebensmitteln an die Heeresverwaltung tätige und Geldgebern, die sich daran beteiligten, unter Ausschluß jeden Verlusts außergewöhnlich hohe Gewinne für Einlagen gewähren könne. Im Laufe der Geschäftsverbindung zwischen Frau K. und Frau X. hatten die von der Klägerin an die beklagte Ehefrau X. bezahlten Gewinnbeträge die mit 47.400,--M angesetzten Einlagen um 160.691,--M überstiegen. Über das Vermögen Frau K's war schließlich der Konkurs eröffnet worden. Der Konkursverwalter verlangte als Kläger mit der auf ungerechtfertigte Bereicherung und die §§ 29 ff KO gestützten Klage Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der 160.691,--M. Das Reichsgericht gab der Klage des Verwalters statt; die Beklagte konnte sich nicht auf § 817 S.2 berufen. In seiner Begründung führte das RG aus, daß die Vorschrift des § 817 BGB dem Leistenden *s e l b s t* und, falls er bei dem grundlegenden Geschäft als Vertreter gehandelt hat, auch dem Vertretenen und auch eventuellen Rechtsnachfolgern oder mit der Rechtsverfolgung beauftragten Vertretern dieser Personen entgegenzuhalten ist. Wenn aber über das durch die rechtsgrundlose Bereicherung geschmälerete Vermögen der Konkurs eröffnet ist, so meint das RG, fehlt es an einem "inneren Grund", die Anwendung des § 817,2 auf einen solchen Tatbestand, wie er der Entscheidung zugrunde lag, zu erstrecken und dem Konkursverwalter die Bereicherungsklage abzusprechen. Das RG wies die Klage nicht wegen § 817 S.2 zurück und zwar weil dem Konkursverwalter selbst, wenn er das Rückforderungsrecht ausübt, irgendein Sittenverstoß nicht zur Last gelegt werden kann. Er erfüllt mit der Erhebung und der Durchführung der Bereicherungsklage nur die ihm gesetzlich obliegende Pflicht, der seiner Verwaltung und Verfügung unterliegenden Vermögensmasse Werte, die wegen einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung der Konkursmasse entzogen worden sind, wieder zuzuführen.

Diese Entscheidung wurde in der Literatur durchweg

abgelehnt¹⁾. Es ist zwar richtig, daß den Konkursverwalter selbst kein Vorwurf im Sinn des § 817,1 trifft und er nur seine ihm vom Gesetz aufgegebenen Pflicht erfüllt, aber darauf kommt es hier nicht an. Mißachtet wurde nach h.M. hier der Grundsatz, daß der Konkursverwalter nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen kann, als der Gemeinschuldner selbst. Der Konkursverwalter nimmt als Amtsperson die Vermögensinteressen des Gemeinschuldners wahr, er muß, so argumentiert man, sich auch bei Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte (§§ 17 ff KO) eventuelle Einreden etc. aus diesen gefallen lassen. Warum ein, dem Vertrag zwischen Beklagter und Gemeinschuldnerin anhaftender beiderseitiger Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten nach § 817,1 dem in die Vermögensstellung eingerückten Konkursverwalter nicht vorgehalten werden soll, und warum ihn § 817,2 nicht treffen soll, wird nicht eingesehen.

Das RG mußte hier aber so entscheiden, weil es ein anderes Ergebnis untragbar fand: die Gemeinschuldnerin erschöpfte ihr Vermögen durch übermäßige Zahlungen an eine Dritte bis zum Konkurs. Leidtragende des Ausschlusses nach § 817,2 wären hier nur die Konkursgläubiger, die zusehen müßten, wie sich die dritte Person, mit der die Gemeinschuldnerin die sittenwidrigen oder verbotenen Geschäfte abgeschlossen hatte, auf den ebenfalls gegebenen Verstoß der Schuldnerin beruft und das Geleistete behalten darf, während sie selbst leer ausgehen müssen.

Anscheinend findet auch der BGH eine derartige Entscheidung unerträglich, da er in seinem Urteil vom 21.12.1954²⁾ an der Ansicht, die das RG in Bd.99 S.168 ff entwickelt hat, festgehalten hat. Der Senat nimmt zu den Argumenten, die gegen RGZ 99,168 vorgebracht werden, Stellung. Er führt aus, daß der Satz - ein Konkursverwalter könne keine bessere Rechtsstellung haben, als der Gemeinschuldner - nicht ausnahmslos gelte. Das gehe etwa daraus hervor, daß dem Konkursverwalter Anfechtungsrechte zustehen,

1) Enneccerus-Lehmann § 226,2c; H. Lehmann DJZ 1921,94 und Jaeger, Komm. zur KonkursO § 6 Anm.6

2) Bd.19 S.338

die der Gemeinschuldner nicht hat. Gegen diese Begründung des BGH wäre aber anzuführen, daß die §§ 29 ff KO, die hier gemeint sind, primär zur Vermeidung der Gläubigerbenachteiligung durch den Gemeinschuldner geschaffen sind. Aus einem Vertrag aber, der weder wegen dieses subjektiven Merkmals noch aus anderen Gründen den §§ 29 ff KO zuzuordnen ist, könnte auch dem Konkursverwalter eine bessere Rechtsposition nicht erwachsen. Es sei hier aber wiederum auf die Untragbarkeit eines gegen teiligen Ergebnisses verwiesen.

Der BGH ist dann in oben zitierter Entscheidung weiter der Ansicht, daß vor allem die Erwägung Platz greife, daß es sich bei dem Einwand aus § 817,2 um ein besonders geartetes Rechtshindernis handelt, das der an sich zur Herausgabe Verpflichtete dem Bereicherungsanspruch entgegensetzen kann. Weiter heißt es: "Mag man die Rechtfertigung für diese Gesetzesbestimmung darin finden, daß sie den Gläubiger des Herausgabeanspruchs für seinen eigenen Gesetzes- oder Sittenverstoß bestrafen will, oder aber darin, dass der staatliche Rechtsschutz dem zu versagen sei, der selbst sitten- oder gesetzwidrig gehandelt hat; keiner der beiden Gründe besteht zu Recht, wenn der Konkursverwalter wieder zur Masse zieht, was ein rechtlich mißbilligtes Verhalten des Bereicherten dem Vermögen des Gemeinschuldners entzogen hatte. Das Rückfließen der Bereicherung in die Konkursmasse kommt wirtschaftlich betrachtet den Konkursgläubigern und in der Regel allein ihnen zugute. Auf ihre Kosten dem Bereicherten, der sitten- oder gesetzwidrig gehandelt hat, sein unrechtmäßig Erworbenes zu belassen, kann nicht der Sinn einer Bestimmung sein, die aus ausschließlich moralisch zu wertenden Gesichtspunkten einem an sich gegebenen Anspruch die Durchführung im Rechtsweg versagen will."

Diese Argumente des BGH vermögen zu überzeugen, wenn man bedenkt, daß der Konkursverwalter in die Vermögensposition des Gemeinschuldners eintritt, um für die Gläubiger zu retten, was noch zu retten ist.

Wie unter I 3 ausgeführt, handelt es sich bei § 817,2 nicht um eine Einrede, sondern um eine vom Richter zu

prüfende Einwendung: diese wird sich aber der Konkursverwalter als Partei kraft Amts nicht entgegenhalten zu lassen brauchen, da ihn der Einwand der exceptio doli nicht treffen kann. Kommt primär auch meist die nach dem BGH in die Konkursmasse zurückfließende Bereicherung den Konkursgläubigern zugute, so ist doch der Gesichtspunkt nicht außer acht zu lassen, daß dadurch sekundär auch der Gemeinschuldner profitiert, weil seine Schuld gegenüber diesen Gläubigern getilgt ist, soweit diese durch die nach § 817,1 zurückgeklagte Vermögensmasse befriedigt wurden. Ob aber der BGH dann anders entscheiden würde, wenn dieser Vermögensteil "wirtschaftlich betrachtet" nicht den Konkursgläubigern allein, sondern in der Hauptsache dem Gemeinschuldner zugute kommt, ist in dieser Entscheidung offengelassen. Jedenfalls kann diese Überlegung im vorliegenden Fall ein anders lautendes Ergebnis nicht als vernünftiger erscheinen lassen.

Den Anspruch des Konkursverwalters nach § 817,1 aber davon abhängig zu machen, ob die zurückgeforderte Vermögensleistung des Gemeinschuldners diesem selbst oder den Konkursgläubigern zugute kommt, ist eine nur vom Erfolg aus konstruierte Lösung, die mit der gesetzlichen Regelung des § 817,1 und 2 je nach Lage des Falls jongliert und Rechtsunsicherheit zur Folge hat.

Zutreffend ist das Urteil des Reichsgerichts in RGZ 111, 154, in dem der Erbe als Rechtsnachfolger dem Leistenden gleichgestellt wird; es ist auch im allgemeinen auf Zustimmung gestoßen.¹⁾ Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin war Alleinerbin ihres verstorbenen Mannes, der ein ihm gehörendes Grundstück unentgeltlich auf die Beklagte übertragen hat, die mit ihm in geschlechtlicher Beziehung gestanden hatte. Die Klägerin verlangt mit der Klage Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe und Rückauflassung des Grundstücks an sie. Im besonderen war hier vom Reichsgericht

1) Vgl. z.B. Enneccerus-Lehmann § 226,2c

auch die Frage zu klären, ob das durch die Sittenwidrigkeit einer Leistung nach § 817,2 in der Person des Leistenden begründete Hindernis der Rechtsverfolgung seinem Erben auch dann entgegensteht, wenn gerade er durch die Leistung benachteiligt werden sollte.

Beide Vorinstanzen, sowohl das LG als auch das OLG Hamburg, haben der Klage auf Grund des § 817,1 stattgegeben. Das Reichsgericht hob auf.

Nach seinen zutreffenden Ausführungen war zwar die Schenkung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (sozusagen Entgelt für ehebrecherische Beziehung) nichtig, aber das dingliche Geschäft gültig. Es handelte sich hier um eine sogenannte Hand- oder Realschenkung, bei der ohne vorgängiges Versprechen die Schenkung vollzogen wird, ohne daß der Schenker eine Verpflichtung übernimmt. Auch bei der Handschenkung liegt ein schuldrechtlicher Vertrag in dem Sinne vor, wie das RG ausführt, daß die (kausale) Einigung über den Zweck der Schenkung den Rechtsgrund schafft, der die durch die Zuwendung bewirkte Bereicherung schuldrechtlich rechtfertigt. Da nun dem dinglichen Geschäft durch die Nichtigkeit der Schenkung wegen der Vorschrift des § 138 I BGB der Rechtsboden entzogen war, war der Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs.1 S.1 BGB gegeben. Dieser Anspruch aber führt zu keinem anderen Ziel als der Anspruch aus § 817,1, der gleichzeitig anwendbar ist. Wie schon unter I 4 hervorgehoben, hat die Rechtsprechung herausgearbeitet, daß § 817,2, der hier ebenfalls zur Anwendung kommt, eine für alle Bereicherungsansprüche maßgebende Regel enthält, sofern die Klage auf § 812 gestützt wird.

Weiter wird ausgeführt: "Es ist demnach auf die fernere Frage einzugehen, ob § 817 S.2 nach Lage des Falls die Rückforderung ausschließt. Das Berufungsgericht hat die Frage unter Bezugnahme auf RGZ 48,293 und 99,161 mit der Begründung verneint, daß gegenüber der als Erbin des Schenkers klagenden Witwe der diesem zur Last fallende Verstoß gegen die guten Sitten nicht eingewendet werden könne, weil er sich gegen sie selber richte. Dem kann nicht beigetreten werden. § 817 S.2 BGB versagt demje-

nigen, welcher sich durch eine Leistung nach ihrer Zweckbestimmung eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig gemacht hat, den Anspruch auf Herausgabe gegenüber dem durch die Leistung ungerechtfertigterweise Bereicherten auch dann, wenn dieser durch die Annahme der Leistung auch seinerseits sittenwidrig gehandelt hat. Das durch die Sittenwidrigkeit der Leistung in der Person des Leistenden begründete Hindernis der Rechtsverfolgung steht auch seinen Rechtsnachfolgern, insbesondere seinen Erben entgegen, da diese kraft der Rechtsnachfolge lediglich in die Rechtsstellung ihres Vorgängers einrücken."

Daß sich der Schenker (hier die Erbin des Schenkers als Rechtsnachfolgerin - vgl.oben) nicht auf die Sittenwidrigkeit seines Verhaltens berufen kann und darf, ist nach § 817,2 ein gerechtes Ergebnis: dem Rückforderungsanspruch des Schenkers steht der Satz entgegen, daß sich derjenige nicht auf einen fehlerhaften rechtlichen Zustand berufen kann und darf, der an dessen Schaffung selbst mit schuld war. Hier handelt es sich wiederum um nichts anderes als um eine praktische Auswirkung der allgemeinen Arglistenrede des § 242 BGB. Diese Entscheidung, wie sie das RG in RGZ 111,153 ff gegeben hat, hätte auch ohne die Existenz des 2. Satzes des § 817 nahegelegen.

Die beiden Vorinstanzen hatten sich auf die vom Reichsgericht früher entschiedenen Fälle in RGZ 48,293 und 99,161 ff berufen. In RGZ 38,293,297 aber wurden die Dritten, die durch eine wegen zweiseitigen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtige Schenkung in ihren Vermögensinteressen verletzt sein sollten, gerade in Gegensatz zu den Erben des Schenkers gestellt, die das Geschenk ebenso wie dieser nicht zurückfordern konnten. Desgleichen wurden in der oben besprochenen Entscheidung RGZ 99,161,168 für die Anwendung des § 817,2 die Rechtsnachfolger des Leistenden diesem selbst gleichgestellt und nur für den Konkursverwalter wegen seiner besonderen Aufgabe und Stellung die Anwendbarkeit des § 817,2

ausgeschlossen.

Genauso wie sich der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers § 817,2 entgegenhalten lassen muß, so muß sich auch derjenige, der zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts einen Vertreter bestellt hat, die Einwendung aus § 817,2 gefallen lassen, wenn durch die Person des Vertreters ein Sitten- oder Gesetzesverstoß das Rechtsgeschäft nach § 817,1 zu einem rückforderbaren machte. Das Reichsgericht hat dies in RGZ 100,250 entschieden, hier jedoch bezüglich des subjektiven Moments noch einen etwas unklaren Standpunkt vertreten¹⁾; es führte zu diesem Problem aus, daß sich der Vertreter der Beklagten dessen bewußt gewesen sei, die Ware der ihr zukommenden Bestimmung, nämlich zur Verteidigung des Vaterlandes verwendet zu werden (es handelte sich um den Verkauf von Bankazinn, der gegen die VO des preuß. Kriegsministeriums vom 1.4.1915 verstieß), zu entziehen. Dieses Bewußtsein genüge aber; daß der Vertreter selbst seine Handlung als eine unsittliche bewertet sei nicht erforderlich²⁾. Erweise sich aber diese durch den Vertreter der Beklagten vorgenommene Handlung als ein unsittlicher Vertragsabschluß, so müsse nach § 166 BGB die Beklagte diese Unsittlichkeit des Geschäfts auch gegen sich gelten lassen, selbst dann, wenn in ihrer Person der Vorwurf der Unsittlichkeit wegen mangelnden Bewußtseins der in Betracht kommenden Umstände nicht erhoben werden könnte. Leistete die Beklagte also durch einen Vertreter, so steht nach der hier zitierten Entscheidung des Reichsgerichts das in der Person des Vertreters nach § 817 S.2 BGB begründete Hindernis der Rechtsverfolgung auch der vertretenen Beklagten entgegen. Weder gegen dieses Ergebnis noch gegen seine Begründung erheben sich Bedenken: wer für sich ein Rechtsgeschäft

1) Vgl. unter II A 1

2) Vgl. u.a. später RGZ 161,57, das subjektiven Verstoß verlangt, und vorher noch RGZ 72,46 und 95,347; siehe unter II B 2

durch einen anderen abschließen läßt, muß sich eventuelle Einwendungen, die sich auf die Person des Vertreters beziehen, entgegenhalten lassen. Dasselbe gilt auch dann, wenn ein Bevollmächtigter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers handelt, also gleichsam als Strohhmann vorgeschickt wird, während der dahinter stehende Geschäftsherr sehr wohl um die näheren Umstände des Geschäftsabschlusses weiß (z.B. Unsittlichkeit oder Gesetzeswidrigkeit); auch dann muß sich der Vertretene § 817,2 entgegenhalten lassen und kann sich nicht auf das mangelnde Bewußtsein des Gesetzes- oder Sittenverstoßes beim Vertreter oder Bevollmächtigten berufen. Wie das Reichsgericht in obiger Entscheidung hervorgehoben hat, hat der Gesetzgeber für Fälle dieser Art den § 166 BGB geschaffen, der somit auch im Rahmen des § 817 herangezogen werden muß.

3.) Einrede der unzulässigen Rechtsausübung

Sie ist eines der Mittel der Rechtsprechung, die Anwendung des § 817 einzuschränken. Nach der Rechtsprechung des BGH soll aber bei § 817 die Gerechtigkeit bewußt außer acht gelassen werden, der Grundsatz der §§ 242,157 BGB nicht anwendbar sein. So führt der BGH in DRspr I 144,22¹⁾ aus: "Mit dem Ausschluß der Rückforderbarkeit hat § 817,2 eine hierauf begrenzte Sanktion von Gesetzes- und Sittenverstößen vorgenommen. Er s t u f t n i c h t zwischen den einzelnen Vergehen ab und unterscheidet nicht zwischen leichten und schweren Verfehlungen, auch nicht zwischen kriminellem und sonstigem Unrecht und nicht nach der Bedeutung der übertretenen Norm. Er stellt Sitten- und Gesetzesverstöße einander gleich. Die Vorschrift verstopft ganz mit Absicht eine Quelle unerfreulicher Streitigkeiten. Die Folgen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts, die der Leistende auf sich genommen hat, sollen nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Der Gesetzgeber hat den Gesetzes- oder Sittenverstoß in An-

1) = NJW 53,744

sehung der vollzogenen Leistung hingenommen und gewährt hierfür keinen Schutz, weder sachlich rechtlich noch verfahrensrechtlich. Der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bleibt bewußt unberücksichtigt! Diese gesetzliche Anordnung ist es, die den Entscheidungsgrund abgibt und die Rückforderung des gesetzwidrig oder unsittlich Geleisteten ausschließt. Hiervon für ein bestimmtes Sachgebiet eine Ausnahme zu machen, ist nicht gerechtfertigt, ganz abgesehen davon, daß es an einer vernünftigen zeitlichen Begrenzung dafür fehlen würde, wie lange sich der gesetzwidrig oder unsittlich Leistende darauf besinnen kann, ob er die unzulässige Leistung zurückfordern will oder nicht."

In diesem Zusammenhang ist eine Verweisung auf die bereits zitierte Entscheidung des BGH in NJW 51,643 notwendig, wo der BGH die Vorschriften des Bereicherungsrechts und damit auch § 817 dem Billigkeitsrecht zugeordnet hat.

Auch der RGR-Kommentar¹⁾ will den § 817 S.2 nicht bloß für einzelne Sondergebiete, sondern schlechthin einschränken, indem er die Vorschrift nur dann heranziehen will, wenn das mit ihr zu gewinnende Ergebnis Treu und Glauben entspricht und nicht seinerseits eine ungerechtfertigte Bereicherung des Leistungsempfängers darstellt.²⁾

Dem ist bereits der OGHZ (4,60 ff) entgegengetreten; der BGH beruft sich in oben zitierter Entscheidung³⁾ auf den OGH und fügt seiner Begründung noch an, daß eine Aushöhung des § 817,2 dem mit dieser Vorschrift verfolgten Zweck, der verbotenen oder sittenwidrigen Leistung jeden Schutz zu versagen, widerspricht und ihrerseits durch die unterschiedliche Beurteilungsmöglichkeit zu einer Rechtsunsicherheit führen würde, die um einer verwerflichen Leistung willen am allerwenigsten hingenommen werden kann.

Für die Heranziehung der §§ 157,242 BGB in gewissen Son-

1) 9.Aufl. § 817 Anm.3 zu S.2

2) Ebenso OLG Hamburg in NJW 48,625

3) NJW 53,744

derfällen spricht sich das OLG Karlsruhe in einem Urteil vom 4.10.1950¹⁾ aus. Das OLG liefert gerade zu diesem Problem unter besonderer Berücksichtigung der Verstöße gegen den Preisstop (vgl.oben) einen wertvollen Beitrag. Es führt u.a. aus, daß der Grundsatz von Treu und Glauben nach allgemeiner Meinung alle Gebiete des Rechts beherrsche. Er dürfe nur nicht dazu führen, positive Rechtsvorschriften mit allgemeinen Erwägungen zu umgehen. Es müsse, um die Einrede der Arglist zuzulassen, ein besonderes, aus dem Rahmen des normalen Laufs der Dinge herausfallendes Verhalten der sich auf die Vorschrift des § 817,2 berufenden Vertragspartei vorliegen. Dieses Verhalten sei in der Regel bei Preis- und Bewirtschaftungsverstößen dann nicht anzunehmen, wenn nach dem Austausch der Leistungen der Sachempfänger den Überpreis zurückfordert, den er bei eigenem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten gewährt hatte.

Wie bereits erwähnt, hatte die Rechtsprechung des Reichsgerichts in früheren Entscheidungen, obwohl sonst grundsätzlich der Auffassung von der Unnachgiebigkeit des § 817,2 folgend, in einigen Sonderfällen den Rückforderungsanspruch trotz der an sich vorliegenden Voraussetzungen der Ausschlußbestimmung des § 817,2 nicht abgesprochen, wenn das wirtschaftliche Ergebnis sonst in krassem Gegensatz zur Billigkeit gestanden hätte.²⁾

In der unter dem Kapitel "Bordellkauf" besprochenen Entscheidung des RG in RGZ 71,436 mußte das RG eine Konstruktion in der Begründung machen, die deutlich darauf hinweist, daß in gewissen Ausnahmefällen eine Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben im Rahmen des § 817 unumgänglich ist, wenn harte, dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufende Entscheidungen vermieden werden sollen. Hier wollte nämlich der Beklagte das unsittliche Geschäft rückgängig machen, d.h. er wollte die empfangen-

1) NJW 51,444

2) Vgl. u.a. RGZ 71,432 bei Bordellkauf; 161,52 bei Wucher

nen Beträge zurückerstatten und das Bordell wieder zurücknehmen. Der Kläger hingegen weigerte sich sowohl das Haus herauszugeben, als auch den noch geschuldeten Kaufpreis zu bezahlen. Er stützte sich also auf § 817,2 BGB. Hier war für das RG der Weg über die allgemeine Arglisteinrede die einzige Möglichkeit, um das augenscheinlich unbillige Ergebnis, das die starre Anwendung des § 817,2 mit sich gebracht hätte, zu umgehen. Das OLG Karlsruhe vertrat nach eingehender Prüfung des Widerstreits der Meinungen in der Entscheidung NJW 51,444 die Auffassung, "daß bei aller Beobachtung der Gesetzestreue nicht generell auf die Erwünschtheit oder Unerwünschtheit des wirtschaftlichen Ergebnisses abzustellen ist, daß aber dort der Einwand aus § 817,2 versagt werden muß, wo sich aus der Gesamtbetrachtung der Vorgänge und des Verhaltens beider Parteien der Ausschluß der Rückforderung als ein so grober Verstoß gegen die Billigkeit darstellen würde, daß er schlechthin nicht verstanden werden könnte." Gramm vertritt in Palandt's 17. Auflage zu 817,3d ebenfalls die Meinung, daß § 817 nicht als Sondervorschrift anzusehen, vielmehr zur Erreichung eines billigen Vermögensausgleichs im Rahmen der §§ 157,242 BGB bestimmt ist. Für diese Auffassung spricht zweifellos auch der Umstand, daß die neuere Gesetzgebung davon ausgeht, daß § 817,2 nicht grundsätzlich je dem Rückforderungsanspruch entgegensteht, so z.B. nicht bei Verstößen gegen mietpreisrechtliche Vorschriften¹⁾ und bei verbotenen Finanzierungsbeiträgen²⁾.

Dieser Weg scheint wirklich der vernünftigere zu sein. Auch er ist nicht contra legem, kommt dagegen aber einer gerechten Entscheidung öfters näher, da seine Möglichkeiten je nach Lage des Einzelfalls beweglich sind und sich nicht an ein starres Lösungsschema halten, das zwar den einen der gegen das Gesetz

1) § 30 1.BMietG vom 27.7.55

2) § 50 IV 2.WohnbauG vom 27.6.56

oder gegen die guten Sitten Verstoßenden grundsätzlich mit dem erhobenen Zeigefinger der Moral bestraft, den anderen aber im gleichen Zuge mit dem Ausschluß der Rückforderbarkeit der bereits erbrachten Leistung des Vorleistenden belohnt.

Es ist nicht recht zu verstehen, warum sich der BGH dieser an sich lebensnahen und rechtlich durchaus haltbaren Argumentation nach wie vor verschließt, und auf den Strafcharakter des § 817 verweist. Der Hinweis auf eine möglicherweise eintretende Rechtsunsicherheit vermag nicht zu überzeugen; hat doch die Existenz einer so weit gefaßten Vorschrift wie der des § 242 BGB auf Grund der äußerst bedachtsamen Anwendung durch die Rechtsprechung ebensowenig dazu geführt, wie es die Zulassung dieser Vorschrift im Rahmen des § 817 tun würde. Der BGH hat in IM BGB zum § 313 Nr.13 die Grenze für die Anwendbarkeit des § 242 gezogen: es ist ein strenger Maßstab anzulegen und es genügt nicht, daß ein für einen der beiden Beteiligten hartes Ergebnis erzielt wird, dieses muß vielmehr untragbar sein! Liegt ein derartiger Fall vor, warum sollte man dann unter Hinweis auf Rechtsunsicherheit die Anwendung des § 242 auch im Rahmen des § 817 versagen?

Wenn man die unter II A geschilderten Hauptfälle des § 817 und die verschiedenen Lösungswege, die die Rechtsprechung gegangen ist, betrachtet, so ist zu erkennen, daß die allzu konsequente Anwendung dieses Strafgedankens oft zu derart unbilligen Ergebnissen führte, daß es der Rechtsprechung manchmal vernünftiger erschien, eine gerechte Entscheidung dem moralisierenden Erziehungsbestreben, dessen Erfolg übrigens in der Praxis gleich Null war¹⁾, vorzuziehen.

Die Grundsätze von Treu und Glauben (§§ 242,157) gelten im gesamten (nicht nur bürgerlichen) Recht. Es gibt keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür, daß sie auf § 817,2 nicht Anwendung finden sollten; daß sie ge-

1) Vgl. hierzu das Kapitel über Preisstopp und den Erlaß der Verordnung vom 7.7.42

rade im Bereicherungsrecht eine große Rolle spielen, hat der BGH in NJW 51,643 selbst betont.

Die Ergebnisse, die etwa vom OLG Karlsruhe¹⁾ und vom Hanseatischen OLG Hamburg²⁾ erzielt werden, geben jedenfalls mehr Befriedigung als die Ergebnisse der Rechtsprechung, die den § 817 als strenge Strafvorschrift ohne Ausweichmöglichkeit anwendet. Auch bei Zulassung der Grundsätze von Treu und Glauben im Rahmen des § 817 bei bestimmten Sonderfällen würde der Charakter der Vorschrift als solcher nicht verändert werden. Jedenfalls deutet der Streit über die Anwendbarkeit der §§ 242, 157 auf § 817 wiederum deutlich darauf hin, daß man sich in der Rechtsprechung über die eigentliche Aufgabe des § 817 doch noch nicht ganz im klaren ist und daß hier ein gesetzgeberischer Eingriff zu begrüßen wäre und die Lösung zumindest der vordringlichsten Probleme mit sich bringen könnte.

C. Kritische Zusammenfassung

Ursachen der Problematik.

Dogmatische und rechtspolitische Berechtigung der Lösungsversuche.

Vorschlag.

Nach der Betrachtung all der Probleme, die die Vorschrift des § 817 aufwirft, verstehen sich die mannigfachen Angriffe, die gegen diese Bestimmung vorgebracht worden sind. Eine Gesetzesvorschrift von so bedeutendem Inhalt dürfte wegen ihrer mangelhaften Fassung nicht eine derartige Fülle von Streitfragen mit sich bringen. Besonders der zweite Satz des § 817 wird allgemein als gesetzspolitisch verfehlt betrachtet.³⁾

Es widerspricht allzu sehr dem heutigen Rechtsempfinden, wenn man den Rückforderungsanspruch des Satz 1 wegen eines

1) NJW 51,444

2) NJW 48,625

3) Vgl. u.a. RGR-Kommentar zu 817,6; Enneccerus-Lehmann, SchuldR, § 226,3

gleichzeitigen Verstoßes des Gebers ausschließen will. Zwar ist der Satz 2 auch anwendbar, wenn verwerfliches Handeln nur auf Seiten des Leistenden liegt, wie in RGZ 151,70 ausgesprochen wurde ("gleichfalls" ist nur satzverbindend zu Satz 1 zu verstehen), aber das Ergebnis, daß der Gegner unter Berufung auf Satz 2 die Leistung behalten kann, die Gegenleistung verweigern darf, führte oft zu Entscheidungen, die in der Praxis unbrauchbar waren und manchmal kühne Konstruktionen der Rechtsprechung heraufbeschworen haben, um allzu untragbare Resultate zu vermeiden.

Die Wurzel der Probleme des § 817 S.2. liegt darin, daß diese Bestimmung ein Prinzip verallgemeinert, das von Hause aus nur auf einseitige unsittliche Zuwendungsgeschäfte, nicht aber auf gegenseitige Verträge zugeschnitten war. Im Digestentitel De conditione ob turpem vel iniustam causam (12,5) begegnet man in der Tat nur solchen Tatbeständen, in denen sich jemand eine ohnehin geschuldete Leistung durch eine Geldzuwendung abkaufen oder ein unsittliches oder verbotenes Verhalten bezahlen läßt.¹⁾

Insoweit in solchen Fällen auch der Zuwendende unsittlich handelt - wie dies z.B. beim Dirnenlohn und bei der Richterbestechung der Fall ist -, verdient er keinen Rechtsschutz, und es ist nicht ungerecht, wenn er das Geleistete nicht zurückverlangen kann. Sobald es sich dagegen um einen gegenseitigen Vertrag handelt, aus dem beide Partner einander zu vermögenswerten Leistungen verpflichtet sind, gerät die Norm des § 817 S.2 notwendigerweise in Konflikt mit der Austauschfunktion der Leistungen. Hier fordert das Gerechtigkeitsgefühl in aller Regel, daß beide Leistungen zurückgewährt werden, wenn ihr Rechtsgrund wegen Sittenwidrigkeit entfällt.

Jene Beschränkung des Ausschlusses der Rückforderung auf einseitige unsittliche Zuwendungen ist aber aus § 817 S.2 nicht mehr zu entnehmen. Deshalb hat die Praxis diese Bestimmung stets auch auf unsittliche Austauschver-

1) Vgl. hierzu Schwarz, Die Grundlage der *Condictio* im klassischen Römischen Recht, S. 169 ff und S. 175 ff; Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, S.250, mit Beispielen einer *condictio ob turpem causam*; Kaser, Röm.

träge angewendet, wobei sich von Anfang an Schwierigkeiten ergeben mußten. Diese Entwicklung ist schwerlich noch rückgängig zu machen. Vielmehr wird man, solange die Bestimmung des § 817 weiterbesteht, wie bisher nach Wegen suchen müssen, die zur Vermeidung der größten Härten und Mißergebnisse führen. Der Rechtsprechung ist dies durch die unter II B geschilderten Schachzüge (Einschränkung des Leistungsbegriffs, subjektive Voraussetzungen, Einwand der unzulässigen Rechtsausübung) in Einzelfällen gut gelungen, wenn auch nach wie vor großer Streit darüber herrscht, ob die Vorschrift des § 817 als Ausdruck der allgemeinen Arglisteinrede oder als strenge Strafvorschrift anzusehen ist (letztere Meinung, wie ausgeführt, BGH!) Hierzu ist zu bemerken:

Gerade Tatbestände des beiderseitigen Verstoßes gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten lassen sich nicht starr und jeder Situation gerecht werdend in Normen kleiden: Dem Zivilrichter sollte es daher für den Einzelfall überlassen werden, welche Entscheidung die gerechtere ist, ohne daß deswegen die im Zusammenhang mit § 817 so viel erwähnte Moral beeinträchtigt würde. Wie bereits betont, hat allein schon die Existenz von § 242 BGB bewiesen, daß Vorschriften dieser allgemeinen Art, die nun einmal wegen der Vielfalt der im Leben vorkommenden Rechtssituationen unerläßlich sind, durchaus nicht zu einer Rechtsunsicherheit führen müssen. Auch bei Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben wird der Teil, gegen den sich diese Regel richtet, weil er gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen hat, bestraft. Der Strafcharakter des § 817 würde also keineswegs gänzlich aufgegeben werden, es müßte aber dem verantwortungsbewußten und mit Gefühl für Gerechtigkeit begabten Richter überlassen bleiben, ob er in dem zur Entscheidung vorliegenden Einzelfall den Rückforderungsanspruch ausschließt oder nicht. Sollte ihm wirklich dieses Gefühl nicht gegeben sein, so könnte dieser Mangel kaum krassere Fehlentscheidungen verursachen, als dies durch die bisherige starre An-

wendung des § 817 teilweise geschehen ist.

Selbst bei gleichem Verschuldensgrad (soweit dies überhaupt feststellbar wäre) ließe sich dann über § 242 ein jedenfalls gerechterer Ausgleich finden, und somit das Ergebnis umgehen, das § 817 S.2 bis jetzt erzwang, wenn er zwar den einen verwerflich handelnden Vertragspartner mit dem Verlust seines Rückforderungsanspruchs unter gezwungen anmutender Heranziehung des Moralbegriffs bestrafte, dem anderen Teil aber, der moralisch meist ebenso wenig Belohnung verdiente, das Geleistete beließ, unter Hinweis auf die Gefahr der Vorleistung.

Daß sich Tatbestände, wie sie § 817 treffen wollte, gesetzestechnisch nicht in Normen pressen lassen, haben sowohl das französische Recht wie das englische erfaßt:

Im französischen Recht wird das Problem der Anwendbarkeit des § 817 ohne eine gesetzliche Regelung mit der aus dem römischen Recht überlieferten *Maxime*

"nemo auditur turpitudinem suam allegans"

gelöst durch eine Unterscheidung in *"causes illicites"* (Fälle, die wir dem § 134 BGB - Verstoß gegen gesetzliches Verbot - subsumieren) und *"causes purement immorales"* (Fälle eines unter § 138 BGB einzuordnenden Sittenverstosses), jedoch dem Richter im Hinblick auf ein gerechtes Ergebnis für seine Entscheidung ein Spielraum gelassen;¹⁾ damit aber werden krasse Härtefälle gerade durch das Fehlen einer Vorschrift, wie wir sie in § 817 S.2 haben, vermieden.

Ebenso auch im englischen Recht, wo der sonst angewendete Satz *"ex turpi causa non oritur actio"*

dann nicht gilt, wenn sich der Kläger *"in minori delicto"* befindet.²⁾

Auch hier bestraft man also nicht einseitig den, der zufällig vorgeleistet hat, sondern stellt es

1) Saiget, "Le contrat immoral", Paris 1939, S.344 ff

2) Vgl. Benjamin-Kennedy, "A treatise on the law of sale of personal property", London 1931, 7.Aufl., S.516 ff

auf die Umstände des Einzelfalls ab. Einer Abwägung des beiderseitigen Verschuldensgrades stellen sich allerdings die auf Seite 42 vorgebrachten Bedenken entgegen. Man sollte lieber statt einer schwer feststellbaren Nuancierung des Verschuldensgrades der einzelnen Vertragsparteien die Rückforderung nach § 242 n u r dann ausschließen, wenn sich aus der Gesamtbetrachtung der Umstände ein so grober Verstoß gegen die Billigkeit (insbesondere bei arglistigem Verhalten einer Vertragspartei) ergäbe, daß man von einem objektiven Mißergebnis sprechen kann.

Auf die Dauer jedoch wird ein gesetzgeberischer Eingriff nicht zu umgehen sein, um den langjährigen Meinungsstreit in der Literatur und die Unsicherheit und unterschiedliche Handhabung des § 817 in der Praxis der Gerichte zu beenden.

Wie aber sollte dieser Eingriff aussehen? Um das Ergebnis vorwegzunehmen:

§ 817 (Satz 1 und 2) BGB ist überflüssig und sollte aufgehoben werden!

Zunächst zum Satz 1: er drückt eine Selbstverständlichkeit aus, nämlich, daß eine Leistung, die gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt, rückforderbar ist.¹⁾ Verstößt der Kausalvertrag gegen die §§ 134, 138 BGB, so fehlt der Leistung der Rechtsboden und sie ist schon nach § 812 BGB zu kondizieren; sollte auch noch das Leistungsgeschäft vom Mangel des Grundgeschäfts ergriffen werden und nichtig sein, so ist der Vindikationsanspruch nach § 985 BGB gegeben.

Auch die Rechtsprechung zu den Verstößen gegen die Preisgesetze rechtfertigt nicht die Existenz des § 817 S.1: abgesehen davon, daß der BGH von der Rechtsprechung des RG (88,251) abgegangen ist²⁾ und den § 817,2 ausnahmslos auch im Preisrecht anwendet (allerdings soll nur der den zulässigen Preis überschießende Teil nicht rückforderbar sein³⁾), führt auch die Begründung des RG nicht zu

1) a.A.Esser (1960) § 193,2, vgl. aber I 1d

2) BB 1953,247, ebenso OGH 4,63 und OLG Celle in Nds.Rpfl.49,5

3) Vgl. V.Sen.ZR 99/53

einer Bejahung der Existenzberechtigung des § 817, S.1: nimmt man, wie das RG, bei einem Verstoß gegen ein Preisgesetz an, daß das Grundgeschäft, also der Kaufvertrag zu den zulässigen Preisen wirksam ist, und die bloße Annahme (also das dingliche Geschäft) der Leistung als solche gegen das Gesetz verstößt,¹⁾ so ist der überschießende unzulässige Teil des Kaufpreises nach § 812 BGB kondizierbar, weil der Empfänger diesbezüglich grundlos bereichert ist.

Auch der Satz 2 des § 817 aber ist überflüssig und sollte gestrichen werden. Er führt, wie dargelegt, zu unhaltbaren Ergebnissen, will man ihn konsequent als strenge Strafvorschrift anwenden. Da er nichts als ein im Bereicherungsrecht zum Niederschlag gekommener Ausdruck der allgemeinen Arglistenrede des § 242 BGB ist (niemand darf sich auf den Gesetzes- oder Sittenverstoß eines anderen berufen, falls ihn selbst ein solcher trifft), bedarf es seiner ausdrücklichen Erwähnung im Bereicherungsrecht nicht mehr, da es selbstverständlich ist, daß die Vorschrift des § 242 BGB auch im Rahmen der §§ 812 ff BGB zum Zuge kommt.²⁾ Somit besteht die einzige "Bedeutung" des § 817,2 eigentlich darin, Quelle zahlreicher Probleme zu sein, die es ohne sein Vorhandensein nicht gäbe.

Die Rechtsprechung des BGH zu den Preisverstößen steht dem Verlangen nach Beseitigung des § 817 S.1 und 2 nicht im Wege: der BGH läßt³⁾ den Kaufvertrag nichtig sein und den an und für sich zulässigen Preisbetrag sowieso nach § 812 zurückfordern.⁴⁾ Der den zulässigen Preis überschießende Teil soll nach § 817,2 nicht zurückgefordert werden können. Diese Auffassung ist - wie geschildert - nicht haltbar; ohne § 817 BGB wäre das Ergebnis klar und gerecht: Rückforderung des gesamten bezahlten Kaufpreises nach § 812 wegen Nichtigkeit des Kaufvertrages. Nur bei einem groben Verstoß gegen die Billigkeit

1) Vgl. unter II A 3c

2) So auch der BGH in NJW 51,643 u. Palandt zu 812,1b

3) Vgl. unter II A 3c

4) Vgl. Palandt zu 817,17, 3d

(insbesondere bei arglistigem Verhalten einer Partei) soll unter Betrachtung der Gesamtumstände § 242 im Rahmen des § 812 die Rückforderung des ganzen (!) Kaufpreises versagen, nicht nur eines Teils, was rechtlich ein unmögliches Ergebnis ist. § 242 wird aber nur dann herangezogen, wenn - wie dargelegt - das Ergebnis für eine Partei nicht nur eine Härte darstellt, sondern untragbar ist,¹⁾ wenn also ein objektives Mißergebnis erzielt wird.

Schließlich bedarf es bei Wegfall des § 817 S.2 (Ausschluß der Rückforderung) auch nicht mehr einer Unterscheidung in Eingehung und Erfüllung einer Verbindlichkeit, bei deren Vorliegen der Anspruch nach § 817 S.1 gegeben bzw. ausgeschlossen sein soll, wenn auf beiden Seiten ein Sitten - oder Gesetzesverstoß festgestellt wird. Sowohl die in Erfüllung einer Verbindlichkeit erbrachte Leistung, als die bloße Eingehung einer solchen, ist nach § 812 kondizierbar, wenn dessen Voraussetzungen zutreffen. Ein Ausschluß der Rückforderbarkeit kann nur durch die allgemeine Arglisteinrede (§ 242 BGB) erreicht werden.

Eine Lücke entstünde also bei völliger Aufhebung des § 817 BGB nicht.

1) BGH über § 242 in LM zu § 313 Nr.13

Lebenslauf

Am 26. Juli 1935 wurde ich in Freising (Obb.) als Sohn der Eheleute Otto und Juliane Zierer geboren. Von 1941-45 besuchte ich die Volksschulen in München-Pasing und Gröbenzell. Von 1945 - 1951 ging ich in das humanistische Gymnasium in München-Pasing, wechselte 1951/52 in das Münchener Theresiengymnasium über, das ich 1955 absolvierte.

Im Wintersemester 1955/56 schrieb ich mich an der Münchener Universität als Student der Rechte ein. Nach dem 7.Semester, also im Frühjahr 1959, legte ich das 1. juristische Staatsexamen mit Erfolg ab. Seit 1. September 1959 bin ich als Rechtsreferendar in München im Vorbereitungsdienst.

Gröbenzell, den 15.Juli 1961

